

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



**“LAS CLÁUSULAS MED-ARB EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DEL SECTOR
ENERGÉTICO”**

**PRESENTADA POR
MELISSA GUADALUPE ADAME RIVERA**

**COMO REQUISITO PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

JUNIO, 2018



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO



TESIS

**“LAS CLÁUSULAS MED-ARB EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DEL SECTOR
ENERGÉTICO”**

**PRESENTADA POR
MELISSA GUADALUPE ADAME RIVERA**

**COMO REQUISITO PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

JUNIO, 2018

“LAS CLÁUSULAS MED-ARB EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DEL SECTOR ENERGÉTICO”

Aprobación de tesis:

DR. FRANCISCO JAVIER GORJÓN GÓMEZ
DIRECTOR DE TESIS

DR. FRANCISCO JAVIER GORJÓN GÓMEZ
DIRECTOR DEL PROGRAMA DOCTORAL EN
MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

DR. ARNULFO SÁNCHEZ GARCÍA
SUBDIRECTOR DE POSGRADO

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

DECLARO QUE:

1. El presente trabajo de investigación, tema de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor(a) es original, siendo resultado de mi trabajo personal, el cual no he copiado de otro trabajo de investigación.
2. En el caso de ideas, fórmulas, citas completas, ilustraciones diversas, sacadas de cualquier tesis, obra, artículo, memoria, en versión digital o impresa, se menciona de forma clara y exacta su origen o autor, en el cuerpo del texto, figuras, cuadros, tablas u otros que tengan derechos de autor.
3. Declaro que el trabajo de investigación que pongo en consideración para evaluación no ha sido presentado anteriormente para obtener algún grado académico o título, ni ha sido publicado en sitio alguno.
4. Soy consciente de que el hecho de no respetar los derechos de autor y hacer plagio, es objeto de sanciones universitarias y/o legales, por lo que asumo cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de irregularidades en la tesis, así como de los derechos sobre la obra presentada.
5. De identificarse falsificación, plagio, fraude, o que el trabajo de investigación haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, responsabilizándome por todas las cargas pecuniarias o legales que se deriven de ello sometiéndome a la normas establecidas y vigentes de la UANL.

AUTOR: _____

FECHA: _____

FIRMA: _____

DEDICATORIA

A Dios que me permitió iniciar este proyecto hace 3 años y medio y que durante este tiempo ha cambiado totalmente mi vida, unos partieron, otros llegaron y algunos se quedaron acompañándome y apoyándome.

A Lila y a Alberto, que me enseñaron a vivir cada uno a su manera; a Lydia y Juan. mis padres, que han sido mi ejemplo profesional y personal a seguir, demostrando que todos los obstáculos y conflictos pueden resolverse, que la adversidad puede superarse y que siempre se puede lograr más y llegar más lejos con trabajo, perseverancia, dedicación, entrega, valores y fe; a mis hermanos, que me acompañaron durante este camino, ya sea con palabras de motivación, ánimos, distracciones para sobrellevar el estrés y carga de trabajo; a mis amigos, que siempre me motivaron a seguir adelante diciéndome y reiterándome el gran compromiso, trabajo, dedicación y logro que significaba estudiar un doctorado.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco principalmente en este trabajo a Dios por permitirme llegar hasta aquí y poder finalizar lo que empecé como un proyecto y un reto profesional y académico; a mi familia y amigos por estar durante todo este viaje, especialmente a mis padres por alentarme a seguir, continuar y terminar mi compromiso y proyecto, impulsándome a ser mejor profesionista y mejor persona; al Dr. Francisco Gorjón por darme una oportunidad hace 4 años de probar que era una digna candidata a ser Doctora en Métodos Alternos de Solución de Conflictos a pesar de mi experiencia y mi edad, por tener fe en mí como asesorada y por apoyarme en mi aprendizaje como investigadora doctoranda; a mis demás profesores doctores, quiénes además de transmitir sus conocimientos académicos, dejaron aprendizajes y me ayudaron a crecer en este trayecto, sin todos ustedes este proyecto y este sueño no se habría materializado; a mis amigos y compañeros de generación, que estuvieron presentes apoyando en todo momento durante todo este trayecto, en clases, cursos, seminarios, congresos, comidas, festejos, hasta en otras ciudades, países y continentes. A todos ustedes, GRACIAS.

Índice General

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD	4
DEDICATORIA.....	5
AGRADECIMIENTOS	6
Índice de tablas.....	11
Índice de mapas y figuras	13
Introducción	15
CAPÍTULO 1: METODOLOGÍA.....	18
1.1 Antecedentes.....	18
1.2 Problema	44
1.3 Justificación	50
1.4 Objetivos.....	52
1.5 Hipótesis	55
1.6 Marco conceptual.....	56
1.7 Modelo de investigación	61
1.8 Diseño de investigación	62
1.9. Matriz de congruencia.....	64
CAPÍTULO 2: SITUACIÓN HISTÓRICA Y ANTECEDENTES DE LOS MASC Y LA CLÁUSULA MED-ARB EN EL SECTOR COMERCIAL	65
2.1 Implementación de mediación y arbitraje en diversos países en el siglo XXI.....	65
2.2 Introducción y utilización de métodos MASC en conjunto o de forma escalonada.....	84
CAPÍTULO 3: INVERSIÓN Y SITUACIÓN ECONÓMICA DE LOS MASC Y LA CLÁUSULA MED-ARB EN EL SECTOR COMERCIAL.....	90
3.1 Impacto económico de la implementación de métodos MASC y y los métodos MASC escalonados.	90

3.2	Inversión económica de implementación de mediación y arbitraje privados por los particulares: gastos y costas de arbitraje y mediación privados.	97
CAPÍTULO 4: CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LAS CLÁUSULAS MODELO, ORGANISMOS Y AUTORIDADES NOMINADORAS QUE LAS REGULAN		121
4.1	Acepción del término cláusula modelo, sus elementos y aspectos relevantes. .	121
4.2	Organismos que establecen cláusulas modelo y regulan sus procedimientos en la esfera nacional e internacional.	127
4.3	Elementos y criterios de las cláusulas escalonadas de organismos que regulan los MASC en la esfera internacional.	137
CAPÍTULO 5: CRITERIOS EMITIDOS POR CORTES Y TRIBUNALES ACERCA DE LA IMPLEMENTACIÓN Y OBLIGATORIEDAD DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS		148
5.1	Australia (<i>Aiton Australia Pty Ltd v. Transfield Pty Ltd.</i>)	149
5.2	Colombia (<i>Instituto de Desarrollo Urbano-IDU contra el Consorcio Lar</i>)	150
5.3	Estados Unidos de América (<i>HIM Portland LLC v. De Vito Builders Inc.</i>).....	153
5.4	Francia (<i>Medissimo v. Logica</i>)	155
5.5	Inglaterra (<i>Cable & Wireless Plc v. IBM United Kingdom Ltd.</i>)	156
5.6	Suiza (<i>X. _____ Ltd. v. Y. _____ S.p.A., Case 4A_628/2015</i>)	159
5.7	Tendencia de las cortes y tribunales respecto a las cláusulas escalonadas.....	163
CAPÍTULO 6: LA CLÁUSULA MED-ARB Y LOS PROCEDIMIENTOS O MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL SECTOR ENERGÉTICO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS		166
6.1	Métodos alternos de solución de conflictos contemplados en las leyes federales del sector energético de los Estados Unidos Mexicanos.	167
6.2	Procedimientos y manuales de métodos alternos de solución de conflictos del sector energético de los Estados Unidos Mexicanos.	176
6.3	Las cláusulas de métodos alternos de solución de conflictos en los contratos modelo del sector energético de los Estados Unidos Mexicanos.....	199

CAPÍTULO 7: LA VOLUNTAD DE LAS PARTES CONTRATANTES Y LA NATURALEZA OBLIGATORIA DE LA CLÁUSULA MED-ARB	205
7.1 Voluntad de las partes contratantes	206
7.2 Voluntad de las partes en la cláusula MED-ARB	213
7.3 Naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB.....	216
CAPÍTULO 8: LA FORMA Y EL OBJETO DE LA CLAUSULA MED-ARB COMO SUSTENTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA MISMA EN LOS CONTRATOS COMERCIALES	230
8.1 Forma de las cláusulas compromisorias.....	230
8.2 Forma de la cláusula MED-ARB	238
8.3 Objeto de las cláusulas compromisorias	241
8.4 Objeto de la cláusula MED-ARB.....	249
CAPÍTULO 9: COMPROBACIÓN CUALITATIVA DE APLICACIÓN DE ENTREVISTAS SEMIESTRUCTURADAS A EXPERTOS Y ABOGADOS LITIGANTES EN MASC DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y ESPAÑA.	252
9.1 Definición del instrumento.....	252
9.2 Elección del instrumento cualitativo para la investigación.....	254
9.3 Población y muestra	254
9.4 Tamaño de la muestra para la investigación.....	255
9.5 Aproximación a sujetos de estudio	256
9.6 Delimitación del instrumento.....	257
9.7 Diseño del instrumento	258
9.8 Prueba piloto 1 y 2 de entrevistas semiestructuradas.....	260
9.9 Aplicación del instrumento (entrevistas semiestructuradas)	263
9.10 Conclusión	284
CAPÍTULO 10: COMPROBACIÓN CUALITATIVA DE ANÁLISIS DE DOCUMENTOS BASADOS EN ARCHIVOS PÚBLICOS (LAUDOS QUE RESUELVEN SOBRE APLICACIÓN DE CLÁUSULAS ESCALONADAS).....	298
10.1 Definición del instrumento.....	298

10.2	Elección de instrumento cualitativo para la investigación.....	299
10.3	Población y muestra	300
10.4	Tamaño de muestra para la investigación	302
10.5	Aproximación a objetos de estudio.....	302
10.6	Delimitación del instrumento.....	303
10.7	Diseño del instrumento	304
10.8	Prueba piloto 1	305
10.9	Prueba piloto 2	309
10.10	Aplicación de instrumento cualitativo (análisis de documentos basados en archivos públicos).....	310
10.11	Conclusión	326
CAPÍTULO 11: CONCLUSIONES Y PROPUESTAS		333
13. REFERENCIAS		348
14. ANEXOS.....		376
14.1	Perfiles de sujetos de estudio de entrevistas semiestructuradas.....	376
14.2	Categorización, asociación de palabras y codificación.....	385
14.3	Guión y cuestionario de preguntas de entrevista semiestructurada.....	388
14.4	Entrevistas semiestructuradas aplicadas.	392
14.5	Cuestionario y codificación para análisis de documentos basados en archivos públicos (laudos).	509
14.6	Resultados obtenidos del análisis de documentos basados en archivos públicos (laudos ICC).	517

Índice de tablas

TABLA 1.1. Marco teórico 1	60
TABLA 1.2 Matriz de congruencia	64
TABLA 1.3 Montos de cuotas y honorarios determinados por el Apéndice, artículo 2 del Reglamento de Mediación de la <i>Internacional Chamber of Commerce ICC</i> . Obtenido de la página de internet oficial de la <i>International Chamber of Commerce</i> (2014).	99
TABLA 1.4 Montos de cuotas y honorarios determinados por el Apéndice III, artículo 3 del Reglamento de Arbitraje de la <i>Internacional Chamber of Commerce ICC</i> . Obtenido de la página de internet oficial de la <i>International Chamber of Commerce</i> (2017).	100
TABLA 1.5 Montos de cuotas y honorarios determinados por la <i>Administrative Fee Schedule</i> de la <i>American Arbitration Association AAA</i> . Obtenido de la página de internet oficial de la <i>American Arbitration Association</i> (2016).	108
TABLA 1.6 Montos de cuotas y honorarios determinados por la <i>Administrative Fee Schedule</i> de la <i>American Arbitration Association AAA</i> . Obtenido de la página de internet oficial de la <i>American Arbitration Association</i> (2016).	111
TABLA 1.7 Montos de cuotas y honorarios determinados por el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO). Obtenido de la página de internet oficial del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México (s.f.)	114
TABLA 1.8 Montos de cuotas y honorarios determinados por las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (2009). Obtenido de la página de internet oficial del Centro de Arbitraje de México (s.f.)	117
TABLA 1.9 Codificación de variables. Elaboración propia del investigador.	264
TABLA 1.10 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos a partir de variables de investigación. Elaboración propia del investigador.....	267
TABLA 1.11 Tabla de co-ocurrencia del código “A1.1 Autonomía {21-6}~”. Elaboración propia del investigador.	272

TABLA 1.12 Tabla de co-ocurrencia del código “B2.3 Transmisión de obligaciones {36-1}~”. Elaboración propia del investigador.....	273
TABLA 1.13 Tabla de co-ocurrencia del código “C3.3 Lenguaje preciso {76-4}~”. Elaboración propia del investigador.....	275
TABLA 1.14 Tabla de concurrencia del código “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~”. Elaboración propia del investigador.	276
TABLA 1.15 Frecuencia de citas relacionadas con códigos hallados en la aplicación y análisis de instrumentos cualitativos (entrevistas semiestructuradas). Elaboración propia del investigador.	280
TABLA 1.16 Países donde se emitieron los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.	312
TABLA 1.17 Tipo de MASC contenidos en las cláusulas escalonadas de los casos analizados. Elaboración propia del investigador.....	313
TABLA 1.18 Año de emisión de los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.	315
TABLA 1.19 Presencia de variable “Voluntad de las partes” en los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.....	317
TABLA 1.20 Presencia de variable “Naturaleza obligatoria de la cláusula escalonada” en los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.	319
TABLA 1.21 Presencia de variable “Forma de la cláusula escalonada” en los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.....	322
TABLA 1.22 Presencia de variable “Objeto de la cláusula escalonada” en los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.....	324

Índice de mapas y figuras

FIGURA 1.1 Mapa conceptual de diseño de investigación.....	62
FIGURA 1.2 Calculador de montos de cuotas y honorarios para arbitraje de la <i>Internacional Chamber of Commerce ICC</i> . Obtenido de la página de internet oficial de la <i>International Chamber of Commerce ICC</i> (2017).....	102
FIGURA 1.3 Calculador de montos de cuotas y honorarios para arbitraje de la <i>Internacional Chamber of Commerce ICC</i> . Obtenido de la página de internet oficial de la <i>International Chamber of Commerce ICC</i> (2017).....	104
FIGURA 1.4 Relación de códigos utilizados en el análisis de instrumentos cualitativos (entrevistas semiestructuradas). Elaboración propia del investigador.	264
FIGURA 1.5 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos a partir de variables de investigación. Elaboración propia del investigador.....	269
FIGURA 1.6 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos para la variable “Voluntad de las partes”. Elaboración propia del investigador.....	269
FIGURA 1.7 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos para la variable “Naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB”. Elaboración propia del investigador.	270
FIGURA 1.8 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos para la variable “Forma de la cláusula MED-ARB”. Elaboración propia del investigador.....	270
FIGURA 1.9 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos para la variable “Objeto de la cláusula MED-ARB”. Elaboración propia del investigador.....	271
FIGURA 1.10 Co-ocurrencia del código “A1.1 Autonomía {21-6}~”. Elaboración propia del investigador.	272
FIGURA 1.11 Co-ocurrencia del código “B2.3 Transmisión de obligaciones {36-1}~”. Elaboración propia del investigador.....	274
FIGURA 1.12 Concurrencia del código “C3.3 Lenguaje preciso {76-4}~”. Elaboración propia del investigador.	275

FIGURA 1.13 Co-ocurrencia del código “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~”. Elaboración propia del investigador.....	277
FIGURA 1.14 Códigos hallados en la aplicación y análisis de instrumentos cualitativos (entrevistas semiestructuradas). Elaboración propia del investigador.	278
FIGURA 1.15 Frecuencia de citas relacionadas con códigos hallados en la aplicación y análisis de instrumentos cualitativos (entrevistas semiestructuradas). Elaboración propia del investigador.	281
FIGURA 1.16 Representación gráfica de países donde se emitieron los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.....	312
FIGURA 1.17 Representación gráfica de los MASC contenidos en las cláusulas escalonadas de los casos analizados. Elaboración propia del investigador.....	314
FIGURA 1.18 Representación gráfica de los años de emisión de los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.....	316
FIGURA 1.19 Presencia de variable “Voluntad de las partes” en los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.....	317
FIGURA 1.20 Presencia de variable “Naturaleza obligatoria de la cláusula escalonada” en los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.	319
FIGURA 1.21 Presencia de variable “Forma de la cláusula escalonada” en los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.....	322
FIGURA 1.22 Presencia de variable “Objeto de la cláusula escalonada” en los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.....	325

Introducción

La reforma energética de los Estados Unidos Mexicanos (EUM), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013 viene a convertirse en un cambio relevante en cuanto a las relaciones comerciales internacionales que los EUM tenían puesto que con dicha reforma se modificaron tanto artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) como leyes secundarias, sin omitir la creación de nuevas leyes secundarias que regulen a los nuevos organismos y nuevas relaciones comerciales que se suscitaran en torno al sector energético mexicano.

Así como se crean organismos, partes, objetos, actividades, funciones, derechos y obligaciones entre las partes contratantes, también se crean conflictos, mismos que no están previstos gracias a las modificaciones que se realizaron en la materia. Por consiguiente, al aperturarse el sector energético a un mercado internacional y a personas morales privadas, se traerá como consecuencia celebraciones de contratos comerciales entre los particulares, mismos que con objeto de protegerse, buscarán la previsión y solución de controversias a través de justicia tradicional o justicia alternativa, como lo son los litigios en tribunales jurisdiccionales y los MASC respectivamente.

En el caso de los MASC, se puede considerar la implementación de mecanismos por sí solos o en conjunto, como es el caso de las cláusulas compromisorias de mediación y arbitraje (MED-ARB), mismas que establecen el compromiso de las partes de someterse e implementar un procedimiento de solución de conflictos híbrido o escalonado, el cual consiste de dos procedimientos de solución de conflictos secuenciales, en este caso, primeramente la implementación de la mediación que, en caso de no lograrse un acuerdo, es sucedida por el arbitraje para terminar con la emisión de un laudo.

Ante la implementación de cláusulas híbridas o escalonadas, existe la situación y riesgo inminente en la práctica legal de nuestro país de que dichas cláusulas sean ineficaces y, por tanto, imposibles de ejecutar, así como también existen opiniones diversas y encontradas de abogados en la materia sobre la idoneidad de las cláusulas escalonadas para solucionar conflictos como señala Abascal (2015), razones por las cuales se consideró como tema a investigar “Las cláusulas MED-ARB en la solución de conflictos del Sector Energético”, teniendo como propósito el análisis de los elementos principales de las cláusulas MED-ARB en contratos comerciales del Sector Energético Internacional para determinar cuándo serán eficaces o no en la práctica. El citado tema de investigación se considera de relevancia puesto que nuestro sistema tradicional de impartición de justicia se encuentra actualmente saturado y con una sobrecarga laboral que impide que los particulares tengan acceso a la justicia, por lo cual resulta imperante encontrar maneras de aseguramiento en la ejecución de los nuevos sistemas de impartición de justicia que están pasando a transformarse de sistemas alternos a sistemas habituales no sólo en la práctica jurídica mexicana.

La presente investigación es de carácter teórico y comparativo puesto que compara y contrasta las diversas opiniones de doctrinarios de diversas procedencias, así como también compara los criterios de jueces y árbitros de diferentes países con distintos sistemas legales respecto a la redacción, aplicación y ejecución de las cláusulas escalonadas. Aunado a lo anterior, se elaboraron instrumentos de medición cualitativa (entrevista semiestructurada y análisis de documentos basados en archivos públicos), mismos que analizan y comparan los criterios de expertos en MASC y árbitros respecto a las cláusulas híbridas o escalonadas llevadas a la práctica, con lo cual se busca dar una propuesta-solución de los elementos básicos y fundamentales que deben contener las referidas cláusulas.

Es por lo anteriormente señalado, que el presente trabajo de investigación traerá un avance y aportación teórica a un problema práctico que no solamente se suscita en México, sino en diferentes países de acuerdo a lo afirmado por diversos autores, y que constituirá una base

para futuros estudios y diversas líneas de investigación cuyo objeto de estudio sea compatible con el de la presente investigación.

A continuación se observará de manera breve los antecedentes de los MASC como formas alternas de impartición de justicia, así como del contexto social en que se sitúa el problema de investigación, que es la reforma energética de los EUM.

CAPÍTULO 1: METODOLOGÍA

En el presente capítulo se abordarán los antecedentes para introducir al lector en el fondo del tema de investigación, comenzando por los métodos alternos de solución de conflictos, también llamados mecanismos alternativos de solución de controversias, pero que indistintamente se llamarán y se referirán como MASC para hacer referencia a dichos métodos. Así también se abordará el tema de la previsión de MASC en los contratos, a través de las cláusulas compromisorias MASC en sus diferentes modalidades, aunado a la introducción a la Reforma Energética en que versa el contexto social-económico en el que se sitúa el problema de investigación.

1.1 Antecedentes

Las formas de impartición de justicia se adecuan a las necesidades de la sociedad, a su época, su espacialidad y su desarrollo cultural y socioeconómico, lo cual constata García Carvajal (2009), quién señala que una de las principales prioridades de las agendas públicas es la reconocer y actuar ante la necesidad de impulsar reformas a los sistemas de impartición y procuración de justicia debido al reconocimiento de una necesidad social por nuestros gobiernos.

García Carvajal (2009) también menciona que dentro de las primeras tareas a materializar estaba "...la de contar con una instancia que permitiera a la ciudadanía una oportunidad distinta de resolver sus controversias en condiciones de equidad, de eficacia..." (García Carvajal, 2009, pág. 39), lo anterior con el propósito de que prevaleciera la armonía social y las condiciones de seguridad jurídica que menciona la autora. La finalidad última es la configuración de un Estado de Derecho, en donde se pueda llegar a un bien común a través del desarrollo de las comunidades sin necesariamente optar por la impartición de justicia tradicional a través del Poder Judicial de cada país. Nos encontramos ante la impetración de la

justicia como “el proceso de búsqueda de soluciones que el sistema judicial y de procuración de justicia requiere para dar cumplimiento con sus postulados” (Gorjón Gómez F. J., 2015, pág. 116), en donde intervienen personas y la sociedad misma para la solución de conflictos, tratándose meramente de una “ciudadanización de la justicia” como refiere el autor, teniendo un Estado de Derecho *ad hoc* a la época y la sociedad actual.

Entonces la sociedad se sitúa en una búsqueda de mecanismos alternos de impartición de justicia como el resultado de una necesidad social, la cual encuentra su respuesta en la teoría de la impetración de justicia que propone Gorjón Gómez (2015), en donde no se abordan los elementos y factores de manera aislada sino que se unifica en una estructura coherente los métodos de impartición de justicia, además de “los modelos de justicia; los MASC; la justicia alternativa, su alcance y la contraposición de los diferentes modelos de justicia; la justicia restaurativa; las competencias de los MASC y sus intangibles; la paz” (Gorjón Gómez F. J., 2015, pág. 119) para permitir la operacionalización eficiente de los mismos por el Estado.

Actualmente la sociedad se enfrenta con la realidad de que “...no hemos entendido que la responsabilidad no sólo es de los encargados de impartir justicia y de los abogados, sino de la ciudadanía misma...” (García Carvajal, 2009, pág. 40), afirmación que años después resume Gorjón Gómez (2015) al señalar que el elemento o característica principal de la teoría de impetración de justicia es la participación ciudadana. Como resultado, más que adjudicar una responsabilidad a los jueces o encargados de la impartición de justicia tradicional, debemos asumir la responsabilidad como ciudadanos en la impetración de la propia justicia, en la petición y búsqueda de la misma, puesto que como miembros de la sociedad somos quienes dictan las necesidades de la misma y, por tanto, inducimos y creamos los cambios en todos los ámbitos que nos rodean, como lo es el cambio de paradigma jurídico del siglo XXI en la justicia siguiendo lineamientos de justicia alternativa, retributiva y restaurativa para la solución de nuestros conflictos como menciona Gorjón Gómez (2015).

Uno de esos cambios sociales que se prevén con la teoría de la impetración de justicia es la impartición de la misma a través de métodos diversos que logren la solución de los conflictos sin la necesidad de acudir a órganos jurisdiccionales de los Poderes Judiciales, es decir, sin la necesidad de obtener una sentencia, fallo o resolución constitucional por parte de jueces, magistrados o ministros a través de litigios, tal y como lo señala Gonzalo Quiroga (2011) quien asevera que los MASC no niegan la posibilidad de recurrir a la justicia jurisdiccional sino que las partes prefieren implementar de manera voluntaria otros mecanismos para resolver sus conflictos, optando por una vía de solución más conveniente, cuestión que viene a contribuir a la actualización del sistema judicial, simplificando los mecanismos jurisdiccionales sin pérdidas de garantías a los individuos, con lo cual se contribuye a una justicia universal progresista y también eficaz.

Los MASC son “...herramientas auxiliares de la justicia tradicional, ya sea judicial o administrativa...” (Figueroa Díaz, Magaña Hernández, & Tomás, 2012, pág. 35). Diversos autores denominan a los MASC como “*Alternative Dispute Resolution*”, ADR por sus siglas en inglés, que es “el término genérico por el que en Estados Unidos se identifica a la resolución informal de disputas entre dos partes en conflicto mediante la intervención de una tercera parte que les ayuda a solucionar la disputa” (Morán, 2010, pág. 17), siendo que en español se traduce como “resolución alternativa de controversias”.

Así también, Gorjón Gómez (2015) menciona que los MASC se caracterizan por estar contextualizados internacionalmente por tratados y convenciones internacionales además de ser multidisciplinarios, por su aplicación en diversas áreas del conocimiento donde se susciten controversias, e interdisciplinarios por su desarrollo en varias disciplinas. Estos mecanismos constan de “medios autocompositivos, no adversariales, no adjudicatorios y voluntarios de la solución de controversias, que para su plena eficacia presuponen la buena fe de las partes que los emplean, así como su voluntad para llevar a la práctica la solución propuesta” (Enciclopedia Jurídica Mexicana, 2004, pág. 67). En síntesis, los MASC son medios alternativos

internacionales, multidisciplinarios, interdisciplinarios, no adversariales entre las partes, donde se antepone la voluntad de los contratantes que participan en el procedimiento para encontrar una solución factible que pueda ejecutarse por las mismas partes contratantes.

Dichos métodos alternos son parte fundamental del presente trabajo de investigación puesto que a través de su implementación en casos específicos, podemos detectar conflictos jurídicos que emanan al momento de la instrumentalización de los referidos métodos de solución de conflictos, lo cual nos permite buscar áreas de oportunidad para innovar y perfeccionar su aplicación. A continuación se abordará de forma breve el arbitraje y la mediación como MASC que se utilizarán en la presente investigación.

Métodos alternos de solución de conflictos

Arbitraje

El arbitraje, como parte de los MASC, es “...un procedimiento heterocompositivo extraprocesal, fundado en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, enalteciendo el *pacta sunt servanda*, esto es, que las partes someten sus diferencias a la consideración de un particular...” (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012, pág. 18). El mencionado tercero, un árbitro, es quien considerará y resolverá el conflicto “bajo la tutela del principio *erga omnes* basado en la *lex mercatoria* y en la *lex fori*” (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012, pág. 18). Los referidos autores establecen el concepto de arbitraje como un procedimiento dirigido por un árbitro que conocerá y resolverá sobre la controversia de las partes respetando su voluntad al contratar y obligarse aplicando la ley mercante y la ley del fuero.

Para Fullerton, el arbitraje es un proceso en el cual “uno o más terceros neutrales expertos escuchan y consideran la evidencia y testimonio provisto por las partes en disputa y emiten una decisión obligatoria o no obligatoria” (Fullerton, 2010). Fullerton destaca la participación

de uno o varios árbitros como terceros neutrales para emitir una resolución arbitral, misma que según autores mexicanos debe ser vinculante.

Respecto a las características del arbitraje, Mereminskaya señala la correlación existente que existe entre las ventajas de los métodos alternos de solución de controversias y el éxito que estas ventajas producen, puesto que según la autora, las ventajas que los mecanismos ofrecen, “los transforman en una opción potente frente a la vía judicial” (Mereminskaya, 2009, pág. 19).

En el arbitraje, “...la celeridad del procedimiento y la *expertise* de los árbitros encargados de resolver la disputa, constituye una opción eficaz frente a la sobrecarga de la justicia ordinaria...” (Mereminskaya, 2009, pág. 19), dichas características que distinguen al arbitraje son sus principales atractivos porque permiten la aceleración de las resoluciones de controversias, así como la elección de un tercero ajeno a la controversia cuya área de especialidad es exactamente la que se observa en el conflicto que las partes poseen.

Asimismo, el arbitraje se subdivide en arbitraje institucional y *ad hoc*. En el primer caso, el arbitraje se administra por una institución como la Cámara de Comercio Internacional (CCI por sus siglas en español) o la Asociación Americana de Arbitraje (AAA por sus siglas en español), las cuales someten a las partes a acatar su reglamento ya establecido, su lista de árbitros sus costos específicos por prestación de servicios y aranceles fijados de los honorarios de los árbitros (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012, pág. 18).

En el segundo caso, en el arbitraje *ad hoc* “...las partes deciden su propio proceso, regulado por una ley nacional o internacional, en algunos casos creando sus propias reglas, dejando a los árbitros la carga de la administración del mismo...” (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012, pág. 18). En resumen, en el arbitraje institucional las partes se someten y se obligan a cumplir con las reglas establecidas de una institución que administrará su mecanismo de arbitraje, en tanto que, en el arbitraje *ad hoc*, las partes acuerdan establecer sus—propias reglas—bajo la

administración de un árbitro, el cual conocerá y resolverá la controversia acatando una ley nacional o internacional dependiendo de las necesidades y convenios de las partes.

De las características principales del arbitraje destacan la rapidez, simplicidad, informalidad, permisividad de armonización de relaciones comerciales entre las partes, satisfacción de intereses de particulares de las partes contratantes, confidencialidad del procedimiento, desarrollo conforme a derecho, forma institucional o *ad hoc*, equiparación a títulos ejecutivos y sentencias judiciales, resolución de árbitros expertos en la materia, designación de las partes del proceso, idioma y derecho aplicable, se considera principalmente la *lex mercatoria* y la *lex fori*, no tiene consecuencias económicas o sociales, carácter desnacionalizado y eminentemente internacional, cumplimiento voluntario o forzoso, se finaliza el procedimiento con el otorgamiento de un laudo o con transacción homologada, es vinculante y brinda seguridad jurídica respecto de otros métodos alternos de solución de conflictos (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012, pág. 19).

Resaltando la característica del laudo con el que se finaliza el procedimiento de arbitraje, Graham señala que es laudo arbitral es la “...decisión que tiene carácter de cosa juzgada y constituye un título ejecutivo por sí mismo, sin requerir una aprobación judicial ni una homologación, eliminando la facultad para los tribunales judiciales de operar una revisión *de novo*...” (Graham, 2009, pág. 166) y, contrario a los demás métodos alternos de solución de controversias, el arbitraje finaliza con una resolución vinculante para las partes. Es precisamente la resolución vinculante la característica que marca la diferencia puesto que las partes se comprometen a someterse a un método alternativo pero, de la misma manera, también se comprometen a cumplir con el laudo arbitral.

En lo que respecta al ámbito de contratación internacional, el arbitraje resulta “...la única alternativa viable de solución de controversias, en tanto permite a las partes contar con un tribunal imparcial, un procedimiento creado a la medida y el respeto a la autonomía de la voluntad...” (Mereminskaya, 2009, pág. 19), lo cual quiere decir que el arbitraje es el método

de solución de controversias adecuado en cuanto a conflictos contractuales, toda vez que respeta el principio de autonomía de las partes y permite adaptar el procedimiento de arbitraje a las necesidades de las mismas partes contratantes.

Cabe destacar que “la divulgación de arbitraje a lo largo del planeta ha sido posible primordialmente, debido a la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL en inglés)” (Mereminskaya, 2009, pág. 20). De acuerdo con la autora antes citada, la CNUDMI se ha encargado de la promoción y desarrollo de los MASC a través de la implementación de las Leyes Modelos, los cuales son instrumentos internacionales cuyo objetivo es la armonización de la normativa nacional que rige la materia mercantil, al ser incorporados dichos instrumentos internacionales a los códigos y leyes estatales.

La CNUDMI, como organismo internacional, fue creada “...por mandato de la Asamblea General de la ONU en 1966 para reducir los obstáculos económicos causados por las disparidades entre las legislaciones nacionales aplicables al comercio internacional...” (Bañuelos Rizo, 2010, pág. 27). De la misma manera, el referido autor menciona que la CNUDMI o UNCITRAL es un órgano compuesto por representantes de 60 Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas –ONU–, representantes que duran en su cargo por un periodo de seis años.

De conformidad con lo que menciona Bañuelos Rizo, como manera de regulación, la CNUDMI elaboró diversos instrumentos en materia de arbitraje comercial internacional, entre los que destacan la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras suscrita en Nueva York en 1958 –también conocida como la Convención de Nueva York del 58–; el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI –1976–, el cual abarca normas de procedimiento que las partes hacen uso para la sustanciación del procedimiento arbitral y que ha servido de base para la creación de diversos reglamentos institucionales y *ad hoc*.

En EUM la reforma constitucional penal del año 2008 integró los métodos alternos de solución de controversias como un “...esquema de reparación del daño mediante el perdón, según el art. 17 constitucional, párrafo cuarto...” (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012, págs. 27-28). Es el mismo artículo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el que establece y determina que las leyes deberán prever los MASC para la solución de conflictos (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012, págs. 27-28).

Según Gorjón Gómez y Steele Garza la reforma constitucional del artículo 17 asume principios internacionales derivados de leyes modelo, como es el caso de la Ley Modelo y el Reglamento Facultativo de Arbitraje de la CNUDMI, así como también se cuenta con un marco internacional ad hoc al adoptar como propias la Convención de Nueva York del 58 y la Convención de Panamá del 75, ratificadas por EUM.

A lo cual, Gorjón Gómez y Steele Garza (2012) señalan que el propio Código de Comercio de los EUM, así como los Códigos de Procedimientos Civiles de las Entidades Federativas de los EUM asumen los principios propuestos en las leyes modelo y las convenciones internacionales adoptadas por EUM. Inclusive, Bañuelos Rizo (2010) claramente menciona que la reglamentación de las costas Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI –1976– inspiró el capítulo de costas arbitrales del Código de Comercio de los EUM y de la Ley núm. 1.879 de Arbitraje y Mediación de Paraguay.

Es fundamental resaltar que la reforma constitucional penal de los EUM en el año 2008 abrió camino a la introducción y adopción de los MASC dentro del territorio nacional de los EUM, en primera instancia en el ramo penal pero en segunda instancia del ramo civil y mercantil, por mencionar los más relevantes para el caso que nos ocupa. Asimismo, es loable señalar que a partir de los ordenamientos legales internacionales se comienza a desarrollar y adaptar la legislación en materia de MASC para los EUM, tanto en la esfera jurídica federal como en la estatal puesto que a través de la implementación y adhesión de las convenciones internacionales, leyes modelos y reglamentos modelos, se reformaron los Códigos de

Comercio, de Procedimientos Civiles y las Leyes estatales de las diversas Entidades Federativas de los EUM, logrando una uniformidad superior a los ordenamientos nacionales o, como lo conceptualizan Gorjón Gómez & Steele Garza, como un “...derecho mercantil despolitizado, cuya uniformidad supranacional puede realizarse independientemente de la unidad política”... (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012, pág. 9).

Mediación

Por otra parte, se encuentra la mediación como un MASC diverso creado y generado en respuesta a los esquemas tradicionales de solución de disputas, el cual es está orientado a obtener resultados inmediatos con la “participación directa de la sociedad en la toma de decisiones generando el efecto de la ciudadanización de la justicia” (Gorjón Gómez F. J., 2016, pág. 11), mediación que ayuda a satisfacer las necesidades de la sociedad actual y a desahogar los sistemas tradicionales de impartición de justicia.

Es importante hacer mención que por su etimología, el vocablo mediación proviene “del latín *mediatio, mediationis*, significa “acción y efecto de mediar”; lo cual, entre otras acepciones, significa “interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad” ” (Enciclopedia Jurídica Mexicana, 2004, pág. 42). La mediación es denominada como una práctica de innovación que va más allá de las limitaciones profesionales puesto que su origen es el resultado de los conceptos multidisciplinarios como lo son la psicología y el derecho según menciona Urquidi (1999), por lo cual, el objeto de la mediación, sin distinción profesional alguna, es evitar los conflictos o controversias entre personas que riñen, sin olvidar también una reconciliación y armonía que se produce con la solución de la desavenencia de las partes en conflicto.

La mediación es el procedimiento que destaca por su forma pacífica y voluntariedad, que se materializa con el diálogo con objeto de que las partes implicadas en el conflicto puedan expresar sus sentimientos, emociones y necesidades, en tanto que un tercero neutral llamado

mediador guía a los participantes para que busquen y den propuestas para la solución total o parcial de la controversia, decidiendo de manera voluntaria una medida idónea para los involucrados y que permita el cumplimiento de los acuerdos logrados según menciona Gorjón Gómez (2015). Este método alternativo se concibe también como una “colección de técnicas de negociación que permite restablecer o reforzar la confianza y el respeto entre los participantes” (Urquidí, 1999, pág. 19), lo cual permite el fortalecimiento de la autodeterminación minimizando los efectos de una posible ruptura del vínculo que relaciona a las partes según menciona el citado autor.

Otro concepto de la mediación es aquel que la define como un método o “mecanismo de solución de controversias que descansa en la voluntad” (Sánchez García, 2016, pág. 30), por tanto, la mediación es un MASC que, a través de la voluntariedad de las partes involucradas, busca solucionar los conflictos de las partes de manera aceptable. Mediación que también se le equipara a la conciliación, lo cual no sucede en todos los países pero que existen ordenamientos jurídicos que la consideran al dictar estatutos legales como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional.

De conformidad con el artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, la conciliación es todo procedimiento “...designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero... que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia...” (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2002), definición que refiere controversias que se deriven de relaciones contractuales o jurídicas entre las partes. En consecuencia, para órganos jurídicos internacionales que establecen legislaciones y reglamentos comerciales en un ámbito espacial internacional, como lo es la CNUDMI, la mediación y conciliación son procedimientos similares.

La mediación es un proceso en el cual “una parte neutral e imparcial (el mediador) facilita la comunicación entre las partes negociantes, lo cual puede permitir a las partes lograr un

acuerdo” (Fullerton, 2010). Para autores mexicanos, la mediación es “un método de solución de conflictos en el que las partes son guiadas por un tercero para llegar a una solución” (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012, pág. 16), lo cual resalta la mediación como procedimiento de solución de conflictos asistido por un tercero neutral, que también se le puede conocer como “mediador”.

Este método “es un instrumento de solución de los conflictos intersubjetivos o sociales que se basa en la intervención de terceros que ayudan a las personas enfrentadas a encontrar y alcanzar entre ellas un acuerdo” (González-Cuéllar Serrano & Penín Alegre, 2010), dichos autores también señalan que la intervención de los terceros debe consistir en una prestación de servicios imparcial, confidencial y profesional. Ahora bien, la mediación puede verse desde diferentes dimensiones, sea como método alternativo de solución de conflictos o como un procedimiento. Desde la dimensión de MASC, la mediación es un método puesto que se sustenta en una secuencia de pasos dentro de un plano operacional, además de basarse en una “aplicación racional de técnicas que pretenden resolver un conflicto y que se adaptan según él, diseñadas para lograr que las partes se comuniquen y resuelvan su problema” (Gorjón Gómez F. J., 2015, págs. 17-18), además de lo anterior, la mediación tiene una intención y fundamento que es la resolución de un conflicto por las mismas partes con ayuda de un tercero. Vista la mediación desde la dimensión del procedimiento, se le considera como un procedimiento alternativo a la vía judicial, destacando su naturaleza alternativa en que su materialización puede suscitarse durante o fuera del proceso judicial, existiendo o no el proceso judicial, o bien, de forma paralela o independiente al mismo, teniendo siempre la misma validez según comenta Gorjón Gómez 2015).

Reiterando lo comentado por autores antes mencionados, la mediación es un procedimiento privado, informal y voluntario, en donde las partes en disputa, con el apoyo y guía de un tercero –“mediador”– dan solución a su disputa. Cabe señalar que son las mismas partes contratantes que cayeron en desavenencia quienes dan solución a su conflicto puesto que es

cierto que un tercero o terceros podrán asistir a dichas partes en disputa pero no pueden intervenir ni decidir por ellas puesto que estaría contrariando e infringiendo los principios de la mediación, en los cuales las partes voluntariamente acuden y participan en la mediación.

De conformidad con Gorjón y Steele (2012), las características que destacan a la mediación de los demás MASC son que la partes son guiadas por un tercero pero el conflicto es solucionado por las partes, existe una participación en conjunto entre las partes y el tercero, el tercero es un experto en la materia a tratar, se busca satisfacer los intereses de las partes, no existe un procedimiento predeterminado, es decir, que a pesar de contar con lineamientos generales, hay flexibilidad en la determinación del procedimiento a seguir por las partes para gestionar su conflicto. Además de lo anterior, otras características distintivas de la mediación es la finalización del procedimiento a petición de las partes, el procedimiento o mecanismo no es vinculante, no existe adversarialidad, por tanto, no habrá un ganador ni un perdedor, las partes tienen autonomía de la voluntad para elegir las reglas del procedimiento, aunado a que es un mecanismo rápido y económico.

Mediación/Arbitraje

Ante las cambiantes necesidades de los gobernados para acceder a la impartición de justicia, “algunos investigadores han propuesto la adopción de procedimientos alternativos híbridos de terceros” (Ross & Conlon, 2000), quienes reconocen las fortalezas y ventajas de cada procedimiento. En consecuencia, se han fusionado algunos MASC con propósito de obtener mejores resultados y el beneficio de las partes contratantes en desavenencia, tal es el caso de la mediación-arbitraje.

La mediación/arbitraje es un procedimiento que “supone la existencia de una fase conciliatoria en la cual, de no llegarse a un acuerdo, el mismo mediador se convierte en árbitro y conduce a partir de entonces un procedimiento arbitral” (Enciclopedia Jurídica Mexicana, 2004, pág. 70), es decir, que trata sobre un procedimiento que primeramente existe una etapa de

mediación o conciliación voluntaria por las partes para llegar a un acuerdo, el cual si no se suscita, provoca que el procedimiento pase a convertirse en un arbitraje con todas las características que de éste se desprenden, siendo que la mediación se convierte en arbitraje.

El procedimiento de mediación/arbitraje o “MED/ARB” es “un proceso en el cual un tercero neutral e imparcial facilita la comunicación entre las partes negociantes y si falla el acuerdo, recibe evidencia y testimonios provistos por las partes y emite una decisión vinculante” (Fullerton, 2010), lo cual reitera lo antes mencionado puesto que en primera instancia se busca la comunicación y acuerdo voluntario de las partes contratantes para que, si no se logra el acuerdo entre las partes, se proceda a realizar el arbitraje y un tercero neutral emita una decisión vinculante y obligatoria.

Sin embargo, autores demuestran preocupación ética ante el hecho de que el proceso de MED-ARB no tiene un código de ética por sí mismo que lo regule como proceso (Fullerton, 2010). El mencionado autor reitera que como un proceso híbrido, MED-ARB no tiene “procedimientos aceptados universalmente” (Fullerton, 2010).

El procedimiento MED-ARB incluye, según Fullerton, que primeramente las partes estén de acuerdo en un protocolo detallando las fases de mediación y arbitraje, protocolo el cual se incorpora a un convenio MED-ARB, el cual “al ser firmado por las partes se comprometen a participar en cada proceso hasta que el acuerdo de mediación sea alcanzado y ejecutado pero si no se alcanza un acuerdo por completo, se emitirá un laudo arbitral” (Fullerton, 2010). Las etapas del procedimiento MED-ARB son claras puesto que las partes primeramente se ponen de acuerdo en establecer el protocolo y características de la mediación y el arbitraje, se firma el convenio y se comprometen a que en caso de desavenencia, primeramente las partes contratantes pasen por un procedimiento de mediación, la cual si prospera termina con el procedimiento pero si el acuerdo no es logrado, comienza la etapa de arbitraje.

De la misma manera, Ross y Conlon definen el procedimiento de MED-ARB como un procedimiento de dos etapas, en donde la primera es la mediación, seguida por la segunda que consta del arbitraje, segunda etapa que se realiza si la mediación falla con objeto de asegurar un acuerdo en una fecha límite predeterminada (Ross & Conlon, 2000).

Los acuerdos MED-ARB permiten a las partes contratantes fusionar y combinar los beneficios de dos procedimientos, como la mediación y arbitraje, lo cual garantiza la emisión de un laudo arbitral vinculante y final en caso de que en la mediación no logre un acuerdo (McLean & Wilson, 2008), lo cual es del todo positivo para las partes y personas que no cuentan con los requerimientos necesarios para llevar a cabo un litigio por la vía judicial, tal es el caso de recursos económicos e inversión de tiempo.

Un creciente número de personas han concluido que la combinación de la secuencia de mediación y arbitraje pueden ser un procedimiento justo, eficiente y menos costoso para la solución de controversias (Brewer & Mills, 1999), lo cual viene a comprobar las teorías de los investigadores en el tema al señalar que los MASC, y los métodos híbridos, satisfacen las necesidades y condiciones de las personas para tener acceso a la impartición de justicia.

Contratos comerciales

Definición y elementos de los contratos comerciales

El concepto “contrato” se puede traducir como el “convenio o pacto hecho entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas” (Palomar de Miguel, 2003, pág. 380); también se entiende dicha acepción como “acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho” (Enciclopedia Jurídica Mexicana, 2004, págs. 551-552). Por lo anteriormente descrito, un contrato trata de un acto jurídico bilateral, en donde dos o más partes realizan un acuerdo obligándose y produciendo consecuencias de derecho

como los derechos que cada una de las partes adquiere, pero también las obligaciones a las que se sujetarán dichas partes.

El contrato, que es “el acuerdo de dos o más voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones” (Sepúlveda Sandoval, 2006, pág. 10), y dicho objeto directo de creación de de derechos y obligaciones entre partes contratantes obliga a las partes a “realizar la prestación que constituye el objeto indirecto del contrato” (Galindo Garfias, 1996, pág. 76). Resulta necesario señalar también que la figura jurídica del contrato tiene dos naturalezas según Kelsen, la de acto jurídico, como la acción de los contratantes a la cual el ordenamiento le atribuye consecuencias y efectos jurídicos, y la de norma jurídica, consistente en una disposición jurídica a la cual las partes someten sus conductas de acuerdo a Díez-Picazo y Gullón, citados por Sepúlveda Sandoval (2006). Sin embargo, para efectos de la presente investigación se considerará el contrato como un acto jurídico bilateral, en el que las partes convienen por voluntad propia generando consecuencias jurídicas de obligaciones y derechos entre ambas partes.

Dentro de los contratos las partes negociantes pueden establecer la previsión de resolución de controversias, sea vía judicial o a través de un método alternativo de solución de controversias. Así lo señala Graham, quien menciona que “las partes pueden pactar un acuerdo arbitral tanto en un contrato en previsión de futuras controversias o después que surgió la disputa (el compromiso)” (Graham, 2009, pág. 171). Dicho autor refiere que en materia de arbitraje, las partes pueden pactar un acuerdo arbitral, tanto dentro de un contrato como después de que se realizó el contrato cuando la disputa se suscitó con posterioridad.

Graham describe que en lo relativo a los tribunales federales mexicanos, el acuerdo arbitral puede intervenir “en cualquier momento, desde el momento que la expresión del consentimiento al procedimiento arbitral es unívoco” (Graham, 2009, págs. 171-172). A continuación, se hará referencia de manera breve a las cláusulas arbitrales y cláusulas MED-

ARB, como medio por el cual se establece el compromiso de las partes de someter las controversias a un MASC.

Cláusulas

De Pina y De Pina Vara definen las cláusulas como las “disposiciones de que consta un contrato, tratado o testamento” (De Pina & De Pina Vara, 2013, pág. 158). En el contexto de un contrato por escrito, una cláusula es la disposición expresa contenida dentro de dicho contrato, en la cual se establecen los acuerdos a los que las partes llegan para cumplir con determinada obligación y ser acreedor de derechos, en virtud de la finalidad del contrato como acto jurídico.

De acuerdo a Gorjón Gómez y Steele Garza, una cláusula arbitral, también conocida como *submission agreement*, es aquella cláusula que se redacta cuando “la controversia todavía no existe” (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012, pág. 191), es decir, es la cláusula que se establece al momento de la redacción del contrato que se va a celebrar, en cambio, en un compromiso arbitral o *arbitration clause*, la controversia ya se suscitó según los citados autores.

Una cláusula compromisoria puede establecerse con propósito de someter al arbitraje “todas o algunas de las diferencias que se susciten en relación con un contrato determinado; si éstas no se especificaren se presumirá que la cláusula compromisoria se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación contractual” (Graham, 2009, pág. 172), por lo cual, una cláusula compromisoria, o cláusula arbitral, definirá las desavenencias, diferencias o conflictos que sean susceptibles de resolverse por arbitraje, mismos que se desconocen pero que se prevén con antelación a su materialización.

Cabe destacar, que el acuerdo de arbitraje, también es conocido como “cláusula arbitral o cláusula compromisoria” (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012, pág. 190), acuerdo de arbitraje que es “de gran relevancia para el arbitraje porque uno de sus principales efectos es validarlo, produciendo la incompetencia del juez, quien no podrá observar el fondo del asunto” (Gorjón

Gómez & Steele Garza, 2012, pág. 190). Lo anterior, quiere decir que el acuerdo de arbitraje, cláusula arbitral o cláusula compromisoria busca la validación del arbitraje como la forma de solución de controversias adoptada por las partes, descartando la competencia del juez, como representante del Estado en el Poder Judicial para conocer la controversia.

En lo que respecta al convenio arbitral, está plenamente reconocido en el sistema jurídico de los EUM, pero dicho convenio arbitral cuenta con sus propias características y se le conoce en el ámbito mundial como cláusula arbitral o compromiso arbitral (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012, pág. 191). Hay que resaltar, que un convenio arbitral también se le denomina al acuerdo de arbitraje, cláusula arbitral o cláusula compromisoria, mismo que acuerda resolver por medio de arbitraje las controversias que se susciten en el futuro.

La Cámara de Comercio Internacional –CCI de ahora en adelante– ha establecido cláusulas modelo que los contratantes pueden elegir para introducirla en sus contratos dependiendo de la consideración y voluntad de las partes involucradas, cláusulas que prevén y predeterminan los procedimientos que se implementarán, sean individuales o combinados McCadden M. & Flores Rueda (2010). Órganos internacionales se han dado a la tarea de redactar cláusulas base para que las partes las integren a sus contratos como manera de facilitar la previsión de resolución de disputas entre las partes y que éstas no se encuentren en estado de indefensión legal al momento de querer hacer valer cláusulas deficientes o incompletas ante órganos internacionales como es el caso de la CCI.

Una recomendación de expertos en la materia, especialmente de cláusulas compromisorias, es sugerir que quienes deseen recurrir al Reglamento Pre Arbitral de la CCI deben cerciorarse que dicho instrumento legal concuerde con las leyes aplicables a cada supuesto, asegurándose también que, de acuerdo con las leyes de cada país, las partes podrían tener que expresar particularmente su aceptación a las cláusulas de arbitraje McCadden M. & Flores Rueda (2010). Entonces es indispensable para las partes conocer y comparar tanto los ordenamientos legales del órgano jurisdiccional al que se va a someter como los

ordenamientos legales de su país, a efecto de dilucidar si no se contraponen y si se deben de cumplir con requisitos diversos.

Asimismo, otra sugerencia que los expertos hacen a las partes es que “se debe redactar de manera cuidadosa las cláusulas de solución de controversias puesto que las mismas deben estar libres de ambigüedad, dado que in texto poco preciso causa incertidumbre, retrasos y puede incluso entorpecer el proceso de solución de controversias” (McCadden M. & Flores Rueda, 2010, págs. 5-6). Bryan y Tavares confirman lo antes expuesto señalando que un “gran porcentaje de los problemas asociados con el arbitraje son causados por una pobre redacción de cláusula y por el fracaso en personalizar el procedimiento a las verdaderas necesidades del negocio” (Bryan & Tavares Erickson, 2008), a lo cual las partes deben buscar la claridad , precisión y descripción certera y correcta de las cláusulas compromisorias o cláusulas arbitrales, así como de los términos, conceptos y acuerdos que en las mismas se establecen, toda vez que de esa redacción dependerá el procedimiento que se utilizará para la solución de conflictos, y si el mismo tiene éxito o no.

Diversos autores introducen otro tipo de cláusulas, tal es el caso de Katz que menciona que inclusive en contratos comerciales relativos a deportes y entretenimiento, como los acuerdos de membrecía de golf y de clubs de yates, “frecuentemente incluyen cláusulas de mediación pre-disputare queriendo la mediación antes de recurrir sea al arbitraje o al litigio, también llamadas cláusulas escalonadas” (Katz, 2008). Una cláusula escalonada o cláusula de pasos incluye la mediación como medio de solución de conflictos previo a un juicio o un arbitraje según el caso en específico que menciona Katz pero también estas cláusulas pueden prever otros MASC previo a un litigio o arbitraje si las partes así lo convienen.

Como parte de un procedimiento híbrido o mixto, “las partes pueden hacer obligatorio, contractualmente, que se agote el procedimiento de un cierto MASC, previo al arbitraje o a la intervención judicial” (Enciclopedia Jurídica Mexicana, 2004, pág. 68), lo cual respeta el principio de voluntad de las partes, en el cual los contratantes deciden y el momento de

realizar el acuerdo y establecer una cláusula escalonada, se obligan mutuamente a llevarla a cabo o ejecutarla.

En el caso del procedimiento de MED-ARB, que fue descrito anteriormente, las cláusulas MED-ARB “son consideradas un esquema de aseguramiento de resolución de conflictos en la vía privada, inhabilitando totalmente la participación del Estado en la resolución del conflicto, excluyendo ex profeso la participación del órgano jurisdiccional” (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012, pág. 36), aplicando un procedimiento “híbrido o mixto” como refieren los citados autores Gorjón y Steele, mismo que garantiza que las partes puedan acceder a la justicia por una vía privada sin la intervención del Estado como órgano jurisdiccional que dirime las controversias.

Resulta necesario señalar que dentro de los contratos comerciales, las partes pueden establecer cláusulas compromisorias mixtas, como es el caso de las cláusulas MED-ARB, mismas que prevén la solución de conflictos a través de procedimientos como los MASC, la única diferencia es que en el caso de las cláusulas MED-ARB, el procedimiento que se implementaría es un procedimiento híbrido o mixto, en el cual se incluye la mediación y el arbitraje como sus siglas indican.

Dentro de las ventajas de los procedimientos híbridos como MED-ARB, se encuentra que “las partes puedan obtener una resolución incuestionable de su conflicto en un tiempo razonable” (Brewer & Mills, 1999), así como que la resolución puede ser obtenida a un costo reducido y con mayor eficiencia (Brewer & Mills, 1999). MED-ARB ofrece a los clientes un mayor control sobre el proceso del que ellos pueden tener de solamente el arbitraje, puesto que da a las partes la oportunidad de lograr el acuerdo mutuo durante la etapa de la mediación, sin embargo, también promete a las partes un carácter definitivo al asegurar una terminación del conflicto, sea por acuerdo o por laudo arbitral (Brewer & Mills, 1999). Además, “los defensores del procedimiento MED-ARB declaran que dicho mecanismo fusiona la flexibilidad de la mediación con el carácter definitivo del arbitraje” (Pappas, 2013).

Son variadas y muy significativas las ventajas y beneficios para las partes y para terceros, como jueces y magistrados, la implementación de MASC en su forma híbrida como lo es MED-ARB, en razón de que se minimizan costos, se disminuye la carga de trabajo para los órganos jurisdiccionales de los Poderes Judiciales de cada país y estado, se aprovecha el tiempo para la resolución de conflictos, y se logra la satisfacción de las partes contratantes llegando a un acuerdo común.

Sin embargo, en cuanto a las desventajas, existen problemas éticos respecto a que un mismo tercero neutral conduzca tanto la mediación como el arbitraje (Brewer & Mills, 1999), y el problema reside en que en la mediación existe información confidencial que el mediador conocerá al momento de dialogar con cada una de las partes, misma que será conocida por el árbitro al momento del arbitraje puesto que dicha información fue expuesta antes esa persona –tercero neutral– con anterioridad en el desahogo de la mediación.

Algunos autores apoyan las diversas ventajas y no consideran como conflictos o problemas éticos el hecho de que una misma persona conozca de la mediación y el arbitraje en secuencia, sin embargo, existen autores que se oponen a dicho supuesto argumentando que se violenta la naturaleza de los diversos MASC implementados.

Otro problema frecuente surge cuando la cláusula provee un “proceso escalonado” que requiere negociación y mediación antes de arbitraje pero falla en añadir detonantes de tiempo (Bryan & Tavares Erickson, 2008), lo cual no quiere decir que sea imposible llevar a cabo un procedimiento híbrido como el MED-ARB pero si establece que es necesaria la correcta redacción de las cláusulas y estatutos que regulen los diversos elementos del procedimiento MED-ARB.

En consecuencia, la presente investigación versará sobre la correcta redacción de las cláusulas MED-ARB, con lo cual se busca estudiar los diversos elementos esenciales y de validez de la

cláusula MED-ARB para poder establecer parámetros que justifiquen el reconocimiento y aplicación de dicha cláusula contractual ante la aparición de un conflicto o disputa.

Comercio – Sector energético

Energía eléctrica e hidrocarburos en México

En diciembre del año 2012, la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado de Estados Unidos “reconoció que el objetivo de su país era el petróleo y el gas de México” (Vargas, 2015, pág. 105), los EUM –o también conocido como México– constituía una fuente de riqueza en cuanto a recursos naturales, como lo son los hidrocarburos, tanto por la riqueza misma del suelo del territorio nacional como por la ubicación del país mismo para seguir produciendo o descubriendo fuentes de hidrocarburos en el futuro.

Respecto a la reforma fiscal y energética, a principios del año 2013, se señaló “sólo hay esbozos de dichas iniciativas; lo seguro es que se enviarán al Congreso de la Unión en el transcurso de 2013” (Trejo Ramírez & Andrade Robles, 2013, pág. 43), lo cual refería que el proyecto de reforma energética estaba en desarrollo. Siendo que en ese mismo año el entonces Presidente de los EUM, Enrique Peña Nieto, en un viaje de Estado a Alemania señaló y promovió “la inversión privada en algunos sectores del proceso petrolero; dicha reforma incluirá además una apertura en hidrocarburos, mayor libertad financiera y de operación para Petróleos (Mexicanos (Pemex) y un fuerte impulso a las energías renovables” (Trejo Ramírez & Andrade Robles, 2013, pág. 43).

Con los proyectos de reforma promovidos en el año 2013 en México, se inicia con una “puesta en marcha de una serie de reformas en diversos ámbitos, principalmente en materia educativa, financiera, fiscal, de telecomunicaciones, energética y política” (Barrientos del Monte & Añorve Añorve, 2014, págs. 229-230), y con el regreso del Partido Revolucionario Institucional a la Presidencia de los EUM, con Enrique Peña Nieto como representante del Poder Ejecutivo,

comienza el proceso de reformas denominadas “de tercera generación” según Trejo Ramírez & Andrade Robles (2013), como es el caso de la reforma energética en los EUM.

Para Vargas, el principal obstáculo o la principal barrera “para lograr la apertura del sector energético mexicano era la Constitución; fue por ello que a los 20 años del TLCAN, se les vieron como la oportunidad para avanzar en tales demandas” (Vargas, 2015, pág. 105). Después de un periodo de 20 años desde la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte —de ahora en adelante TLCAN—, se vio la oportunidad de lograr una apertura al comercio del sector energético de los EUM a través de una reforma constitucional que propiciara beneficios para el sector privado de intervenir en materia de hidrocarburos.

Y no resulta un criterio unilateral el considerar que era difícil una reforma como la energética, para Barrientos del Monte y Añorve Añorve la reforma energética trastocó “la gestión del sector petrolero en manos del Estado sin la intervención directa del sector privado”, así como también “implicaba un alto costo para cualquier partido que la promoviera” (Barrientos del Monte & Añorve Añorve, 2014, pág. 230).

Aun y a pesar de las implicaciones que conllevan la promulgación de una reforma como la energética, el proceso “tomó celeridad a partir de ese momento y, en diciembre de 2013, la iniciativa de reforma del Jefe del Ejecutivo era finalmente aprobada en el Congreso mexicano” (Vargas, 2015, pág. 106), lo cual según el autor revirtió los 75 años de nacionalización petrolera en los EUM, así como lo negociado en el periodo 1992-1994 en el TLCAN, cuestión que mantuvo el sector en las zonas estratégicas restringidas por la Constitución, siendo el caso la explotación y manejo de la industria petrolera para el Estado mexicano por medio de su organismos paraestatales Vargas (2015).

La reforma energética viene a ser un factor de cambio en el comercio internacional, que incluye U.S.A., Canadá y México con el TLCAN, porque se da término al periodo prolongado de años en los que los EUM mantuvieron una nacionalización petrolera, y donde además se

establecieron relaciones comerciales incompletas y ambiguas entre los países pertenecientes al TLCAN puesto que los EUM se reservaron acciones, contratos y relaciones comerciales al tener el petróleo reservado y restringido. En consecuencia, se promovió y se impulsó la reforma energética en los EUM como respuesta a una apertura comercial inminente y necesaria para el desarrollo económico de dicho país.

Reforma energética

La “referida como “la madre de todas las reformas (Global Energy, 2014; Trejo, 2013) fue aprobada en tiempo record: en lo general por las Cámaras de Senadores el 10 de diciembre y por la de Diputados el 11 de diciembre de 2013” (Barrientos del Monte & Añorve Añorve, 2014, pág. 238). Dicha reforma fue publicada en “el Diario Oficial de la Federación apenas diez días después el 20 de diciembre de 2013, y entró en vigor el 21 de diciembre de 2013” (Barrientos del Monte & Añorve Añorve, 2014, pág. 238), lo cual para el autor es una reforma que requirió de un periodo de tiempo relativamente corto para proponer, aprobar y publicar una reforma constitucional importante y de esa magnitud.

Tomando en consideración el fondo o la materia de la reforma energética y dejando de lado el procedimiento de promulgación y publicación, la reforma en cuestión modificó los artículos 25, 27 y 28 de la CPEUM, caracterizándose por desplazar “al Estado de actividades estratégicas, quitándole la exclusividad de su manejo...” y logrando “...abrir, a través de asignaciones, contratos, permisos y concesiones, todas las áreas y actividades del sector energético a la iniciativa privada” (Vargas, 2015, págs. 106-107). Los cambios involucrados en la reforma energética implican no solamente quitarle el poder que tenían a los órganos paraestatales sino otorgar facultades y derechos a empresas del sector privado para intervenir en el sector energético mexicano.

Vargas menciona que la propuesta busca extender el modelo anglosajón de privatizar los hidrocarburos a nivel del suelo y las empresas, así como buscar el fortalecimiento de la

integración a partir de un sistema de fronteras inteligentes, cooperación regulatoria y seguridad energética y sustentabilidad Vargas (2015). El autor citado menciona alcances mayores a los contenidos en papel, haciendo referencia a un sistema donde la seguridad energética y la sustentabilidad prevalecerán en los miembros del TLCAN.

La reforma constitucional publicada por medio del decreto de fecha 20 de diciembre de 2013 en el Diario Oficial de la Federación –DOF de lo subsecuente– incluyó los ya mencionados cambios a los artículos 25, 27 y 28 de la CPEUM, así como los 21 artículos transitorios Vargas (2015). La reforma a la CPEUM también involucraba la expedición y publicación de nueve leyes nuevas, mismas que consisten en la “Ley de Petróleos Mexicanos, Ley de la Industria Eléctrica, Ley de Hidrocarburos, Ley de la Comisión Federal de Electricidad, Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, Ley de Energía Geotérmica, Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética” (Vargas, 2015, págs. 115-116).

Una reforma constitucional del carácter de la reforma al sector energético involucra modificaciones a los artículos existentes, creación de nueve leyes nuevas y la reforma de otras 12 leyes, lo cual consiste en “una estrategia de creación y reformulación para permitir abiertamente la inversión extranjera” (Vargas, 2015, pág. 116). El paquete de Reforma Energética se convierte entonces en una modificación al sector en varios aspectos, desde la apertura del comercio internacional, el carácter y personalidad de las empresas y paraestatales involucradas hasta la inclusión de nuevas variables, personas morales en las relaciones comerciales y, con ello, nuevas obligaciones y derechos para cada parte.

Dentro de los cambios relevantes e importantes a nivel constitucional se encuentran que respecto al artículo 25, el gobierno federal mantendrá la propiedad y control de los organismos productivos del Estado impulsando la competitividad en el sector; relativo al artículo 27, el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible siendo que la explotación, uso o

aprovechamiento de particulares o sociedades constituidas será a través de concesiones otorgadas por el Poder Ejecutivo Federal de los EUM, asimismo se menciona que el gobierno federal tendrá la facultad de establecer y suprimir las reservas nacionales, no se otorgarán concesiones tratándose de minerales radioactivos y, en el caso del sistema eléctrico nacional, la propiedad del petróleo, hidrocarburos sólidos líquidos o gaseosos no se otorgarán concesiones tampoco, sin embargo, para la explotación y extracción de petróleo e hidrocarburos sí habrá concesiones y la asignación podrá ser a empresas del Estado o particulares; siendo que del artículo 28 se deriva que no existirán monopolios en las funciones exclusivas del Estado en áreas estratégicas incluyendo minerales radioactivos y generación de energía nuclear, el Estado contará con un fideicomiso público llamado “Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo” controlado por el Banco Central y que regulará los ingresos de asignaciones y contratos exentando los impuestos Barrientos del Monte & Añorve Añorve (2014).

Las modificaciones de la reforma constitucional del sector energético constituyen un gran cambio en el país mexicano puesto que cada determinación y modificación incluye un despliegado de reformas o nuevas leyes que regularán de manera diferente las nuevas relaciones comerciales, tanto nacionales como internacionales a través de contratos entre particulares del sector privado.

Fundamenta las relaciones contractuales lo señalado por Vargas, quien menciona que aunque hayan existido contratos de servicio con la iniciativa privada, los EUM tenían la prerrogativa de las actividades de servicio, siendo que posteriormente los contratos permitieron la privatización de la producción y, actualmente, la liberalización (privatización) es para todas las actividades del sector, a partir de las modificaciones constitucionales realizadas” (Vargas, 2015, pág. 107). Lo anterior quiere decir que ante la inminente apertura del sector energético al comercio internacional, existirán diversos contratos de servicios que se incrementarán en

mayor medida de acuerdo a las necesidades de las relaciones comerciales en materia de hidrocarburos.

Resulta indispensable mencionar que dentro de las implicaciones jurídicas, los particulares pueden obligar a gobiernos a que anulen normas, regulaciones y lineamientos de contratación según lo señala Vargas (2015), así como dichos particulares también “tendrían derecho a demandar al gobierno mexicano ante tribunales internacionales si están en desacuerdo con acciones o políticas gubernamentales (por ejemplo, los resultados de un contrato petrolero) que minen sus ganancias esperadas” (Vargas, 2015, pág. 123), lo cual podría generar cuantiosos costos y repercusiones económicas al gobierno de los EUM, cuestiones que pueden disminuirse ante la implementación de procedimientos de solución de controversias como los MASC en las disputas o desavenencias generadas por contratos comerciales internacionales.

Expuesto lo anterior, la presente investigación estudiará los diversos elementos, el reconocimiento y la aplicación de las cláusulas MED-ARB como instrumentos de solución de disputas derivadas de contratos de comercio internacional del sector energético.

1.2 Problema

El 20 de diciembre de 2013 se publicó en el Diario Oficial de la Federación de los EUM la Reforma Energética a la CPEUM según menciona Barrientos del Monte & Añorve Añorve (2014), específicamente en sus artículos 25, 27 y 28, en los cuales se remueve la exclusividad que tenía el Estado en cuanto al manejo de actividades estratégicas para abrir a la iniciativa privada las asignaciones, los contratos, los permisos y demás concesiones en el Sector Energético de acuerdo con Vargas (2015). Dicha reforma entró en vigor al día 21 de diciembre de 2013 reitera Barrientos del Monte & Añorve Añorve (2014), y con la cual comenzó el procedimiento de creación o reformas a las leyes federales de los EUM.

Dentro de las leyes creadas se encuentra la Ley de Hidrocarburos publicada en el DOF el 11 de agosto de 2014, así como el Reglamento de la Ley de Hidrocarburos publicado el 31 de octubre de 2014, además de la Ley de Petróleos Mexicanos publicada en fecha 11 de agosto de 2014, y su Reglamento de la Ley de Petróleos Mexcianos con fecha de publicación el 09 de febrero de 2015, mismos en los cuales se prevén MASC al mismo tiempo que la resolución de controversias por medio de litigios bajo la jurisdicción de tribunales de la Federación de los EUM.

En el caso de la Ley de Hidrocarburos, en su artículo 21 se establece que se pueden prever mecanismos alternativos de solución de controversias cuando éstas surjan de contratos de exploración y extracción, en tanto que la Ley de Petróleos Mexicanos prevé en sus artículos 81 y 115 que las controversias que surjan entre Petróleos Mexicanos y sus empresas subsidiarias son competencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, salvo que se pacten medios alternativos de solución de controversias, así como también establece que las partes pueden convenir la aplicación de derecho extranjero, jurisdicción de tribunales extranjeros y la celebración de acuerdos arbitrales.

En cuanto a la contratación se trata, los contratos comerciales han evolucionado, así como sus partes contratantes, por lo que dentro de dichos contratos se suscita el fenómeno de complicación contractual, el cual se ha incrementado por factores como “la evolución de las necesidades de los propios actores del comercio y la inclusión del factor “tiempo” en las relaciones contractuales que impone la gestión de su ejecución” (Irra de la Cruz & Ibarra Chávez, 2015, pág. 29), lo cual ha incitado a la valorización de un aspecto relevante de la evolución contractual que es la solución de controversias que surjan debido a dichos contratos.

Dentro de los contratos mercantiles utilizados en el Sector Energético se puede redactar una cláusula compromisoria, la cual contempla uno o varios MASC elegidos por las partes contratantes, tal es el caso del procedimiento híbrido o escalonado conocido como MED-ARB, en el cual primeramente las partes se someten a una mediación, la cual si no logra que las partes acuerden su conflicto, procederá a la iniciación de un arbitraje, mismo que terminará con la emisión de un laudo arbitral.

Sin embargo, aunque organismos internacionales como la Corte de Comercio Internacional o la Asociación Americana de Arbitraje y organismos nacionales como el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción establezcan cláusulas compromisorias modelo, autores señalan que procesos híbridos como el MED-ARB no tiene “procedimientos aceptados universalmente” (Fullerton, 2010). Así también, diversos autores señalan que a pesar de que la mediación y el arbitraje es recurrente en las relaciones comerciales, las cláusulas MED-ARB no lo son puesto que se encuentran en proceso de desarrollo, como es el ejemplo de Gorjón Gómez & Steele Garza (2012).

Aunado a lo anterior, (Fullerton, 2010) señala que la implementación del proceso MED-ARB incluye la renuncia de las partes a su principio de voluntariedad puesto que los contratantes al comprometerse en la cláusula compromisoria MED-ARB, renuncian a su derecho de participación y retiro voluntario del procedimiento de mediación, lo cual claramente señala

una contraposición entre la mediación y el arbitraje, tanto en sus propias naturalezas como en sus principios rectores.

Por lo anteriormente expuesto, resulta oportuno señalar que es menos frecuente la estipulación o el establecimiento de una cláusula compromisoria que contemple una combinación de MASC o un método mixto o híbrido de métodos alternos, en razón de que aunque los organismos reguladores de MASC las prevean, en la práctica no se materializan.

La falta de implementación de diversas formas de impartición de justicia han conllevado a una crisis por la monopolización del control judicial según lo comentan Gorjón Gómez & Steele Garza (2012), lo cual se produce por la insuficiencia del Poder Judicial Federal de los EUM, el difícil acceso a la justicia por altos costos, la ignorancia y el escaso conocimiento de los métodos alternos de solución de conflictos, el beneficio económico que obtienen los abogados al ser partícipes de la numerosa cantidad de litigios que se ventilan en el Poder Judicial, así como los demás profesionistas que no creen tener capacidad de resolver los conflictos por sí mismos según Gorjón Gómez & Steele Garza (2012), lo cual puede acrecentarse si se sigue optando por la impartición de justicia desde la vía jurisdiccional.

Cabe destacar que la implementación de un método híbrido podría beneficiar en mayor medida a las partes contratantes al asegurar la resolución del conflicto sin la necesidad de recurrir a la autoridad jurisdiccional por medio de un procedimiento legal. La cláusula MED-ARB como mecanismo híbrido de solución de conflictos puede lograr la resolución a través de la aplicación de la mediación y el arbitraje de manera consecutiva ante la aparición de un conflicto. Pero en la práctica no es frecuente la utilización de la cláusula MED-ARB o su aplicación efectiva ante el conflicto, razón por la cual se busca analizar y valorar las cláusulas MED-ARB como mecanismo de solución de conflictos, desde su naturaleza como forma de expresión del principio de voluntad de las partes, su redacción, su implementación y su aplicación, para proyectar su validez y reconocimiento dentro de la esfera internacional de las

organizaciones y asociaciones reguladoras de métodos alternos de solución de conflictos, así como de la esfera jurídica del Derecho Mexicano.

Es por lo anteriormente señalado, que la pregunta de investigación se formula de la siguiente manera: ¿Cuáles son los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos comerciales del Sector Energético Internacional?

Evaluaciones de valor

- Conveniencia: sirve para proyectar la validez y reconocimiento de la cláusula MED-ARB, tanto en la esfera nacional como en la esfera internacional.
- Relevancia social: con el presente trabajo de investigación se beneficiarán las partes contratantes que apliquen la cláusula compromisoria MED-ARB, los mediadores y árbitros que solucionen conflictos que tengan inmersa dicha cláusula, los abogados que interponen juicios relativo a la aplicación indebida, omisión o incumplimiento de la cláusula MED-ARB, así como los juzgadores del Poder Judicial que resuelvan litigios relativos a lo antes mencionado.
- Implicaciones prácticas: la presente investigación ayudará a resolver el problema real de la práctica e implementación de la cláusula MED-ARB en lo relativo al desuso de la misma, en razón de la naturaleza y principios contrapuestos de la mediación y el arbitraje.
- Valor teórico: la investigación aportará elementos y patrones necesarios para la redacción de una cláusula compromisoria híbrida, como lo es la cláusula MED-ARB, válida y eficaz.
- Utilidad metodológica: se prevé que la presente investigación utilizará instrumentos de recolección de datos cualitativos y cuantitativos, al ser una investigación de carácter mixto.

Viabilidad

- Disponibilidad de recursos: los recursos para la realización de la presente investigación implican recurrir a criterios, sentencias, laudos y jurisprudencias de los órganos

juridiccionales y de organismos de mediación y arbitraje que resuelvan controversias relacionadas con las cláusulas MED-ARB que se encuentran en compendios y en publicaciones a través de sus portales de internet, además de las opiniones, criterios y entrevistas al personal jurídico de personas morales, cuyas principales actividades y funciones se desenvuelvan en el Sector Energético, así como la aportación de mediadores y árbitros expertos en el tema de contratos del Sector Energético, mismos que tendrán que ser buscados y solicitados por el investigador para la aplicación de instrumentos de medición cualitativos.

- Límites temporales: sí es posible llevar a cabo y materializar la presente investigación en un tiempo razonable, es decir, a lo largo de los tres años de estudio del programa de doctorado, considerando una etapa de previo estudio, una etapa de análisis de casos y aplicación de instrumentos cualitativos, y una etapa de análisis de información obtenida. Es importante señalar que los criterios, sentencias y laudos son accesibles para el investigador, así como también es relevante contar con los sujetos a interrogar puesto que son una parte fundamental para el análisis de información y el desarrollo de la investigación.
- Límites espaciales: el espacio geográfico donde se realizará la investigación se delimita por los laudos y sentencias dictados en relación a las cláusulas MED-ARB, así como la legislación en materia del Sector Energético de los EUM, sector el cual se encuentra abierto a la contratación internacional.
- Límites demográficos: la investigación se dirige a las partes contratantes que celebren contratos que incluyan la cláusula compromisoria MED-ARB, los mediadores y árbitros que solucionen conflictos que contemplen la citada cláusula, los abogados que promueven litigios respecto a la aplicación indebida, omisión o incumplimiento de la cláusula MED-ARB, además de los juzgadores del Poder Judicial de los referidos territorios antes descritos que resuelvan juicios relativos a la cláusula híbrida en cuestión.
- Límite analítico: el análisis previsto para la presente investigación es de carácter cualitativo. Cualitativo en razón de que se analizarán las opiniones de los principales actores de casos prácticos, como partes contratantes, abogados, mediadores y árbitros, cuyas opiniones se

analizarán hasta determinar qué elementos influyen a la aplicación u omisión de la cláusula MED-ARB en los contratos comerciales, así como la determinación de su perspectiva respecto a qué elementos debe contener la cláusula MED-ARB para que esté provista de eficacia y reconocimiento de autoridades jurisdiccionales y de mediadores y árbitros. Así también, la investigación tiene carácter cualitativo en atención a que se analizará el contenido de los criterios, sentencias y laudos de las autoridades antes referidas, con las cuáles se determinará la perspectiva de dichos actores a través del estudio de los resultados obtenidos.

- Límite teórico: la perspectiva teórica que se utilizará para la realización de la investigación será de carácter jurídico principalmente y social.

Consecuencias de la investigación:

- Impacto: se considera que la presente investigación será de impacto puesto que la promoción e implementación de los MASC reducen los conflictos judiciales, promueve el incremento de soluciones en el sector privado, además de que soluciona el conflicto de la impetración de la justicia.
- Cuestiones éticas de realización: el aspecto que se considera relevante a evaluar es el respeto a los ordenamientos jurídicos, a los derechos y principios de las partes contratantes, en razón de que la aplicación de una cláusula híbrida o escalonada pueda implicar la afectación o violación de normativas o principios generales del derecho, así como principios de los contratantes como lo es el principio de autonomía de la voluntad.

1.3 Justificación

Existen diversos mecanismos de solución de conflictos, por una parte se encuentra la vía jurisdiccional, que consta del litigio, y por otro lado se encuentra la resolución alterna de conflictos, con los denominados MASC, sean en conjunto o por sí solos.

Diversos organismos nacionales e internacionales, como la Cámara de Comercio Internacional o la Asociación Americana de Arbitraje, prevén cláusulas híbridas o escalonadas de MASC, de las cuáles se puede destacar la cláusula MED-ARB, sin embargo, existen autores y doctrinarios se oponen a la implementación de las mismas, sea por su naturaleza, su objeto, su licitud o simplemente por el escalonamiento procedimental y los elementos de una cláusula compromisoria de este tipo.

Encontrar razones y explicaciones de la frecuencia de utilización de las cláusulas MED-ARB por las partes contratantes, así como de la falta de implementación de las mismas es una motivación relevante para el investigador puesto que dicha fusión de MASC puede conllevar a una solución óptima e idónea del conflicto pero en la práctica no se implementa.

La búsqueda de qué elementos pueden definir la eficacia o ineficacia de las cláusulas MED-ARB, así como el proporcionar una posible solución a la introducción de dichas cláusulas escalonadas a un sistema claramente establecido en las relaciones comerciales internacionales del Sector Energético son las causas que incitan al investigador a realizar el presente trabajo.

Así mismo, con la presente investigación se pretende aportar un estudio teórico a la implementación de las cláusulas MED-ARB en el contexto comercial mexicano y, por consecuencia, internacional, de tal manera que se pueda justificar el uso o desuso de los métodos MED-ARB en las relaciones contractuales de actores mexicanos y extranjeros, complementando así la información teórica y práctica que hay al respecto, además de aportar nuevos instrumentos de recolección y análisis de datos que puedan ser aplicados posteriormente y puedan aportar mayores avances al tema a investigar, aportaciones de las

cuales se podrán ver beneficiados tanto las partes de los contratos comerciales celebrados o por celebrar, mediadores y árbitros que resuelvan cuestiones relacionadas con la implementación de la cláusula MED-ARB, abogados que promuevan juicios en contra de la aplicación indebida, omisión o incumplimiento de la cláusula en mención, como los mismos juzgadores del Poder Judicial de los EUM que conozcan de litigios promovidos en relación a la cláusula híbrida antes mencionada.

Es relevante señalar que con la presente investigación se buscará validar la teoría de que las cláusulas MED-ARB son idóneas para la resolución práctica, rápida, económica y eficaz de los conflictos comerciales en el Sector Energético puesto que se busca determinar los elementos fundamentales de la eficacia de las cláusulas MED-ARB, con los cuales la validez y el reconocimiento de dichas cláusulas deben ser respetados por cualquier autoridad juzgadora de los órganos jurisdiccionales o facilitadora de los MASC. Aunado a lo anterior, con el presente trabajo se estima surjan recomendaciones e ideas para futuras investigaciones relacionadas directamente con el tema o con la metodología implementada por el investigador, la cual busca definir las variables para la solución de problemas prácticos relativos a la implementación de la cláusula MED-ARB.

1.4 Objetivos

Como objetivo general se busca determinar los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos comerciales del Sector Energético Internacional.

El presente objetivo versará sobre la identificación de los elementos fundamentales para que la cláusula MED-ARB cuente con eficacia y sea reconocida por las autoridades jurisdiccionales, además de los terceros facilitadores de los MASC, como lo son los mediadores y árbitros. Elementos que deben estar presentes en la redacción de la citada cláusula y ser comprobables a través de métodos cualitativos para la validación y reconocimiento de la cláusula MED-ARB.

Objetivos específicos de la investigación.

1.4.1 Enunciar y exponer las teorías contractualistas y teoría de la impetración de justicia que sustentan las cláusulas MED-ARB.

Consistirá en el estudio de teorías jurídicas que fundamenten la naturaleza jurídica contractual y elementos fundamentales de la cláusula compromisoria híbrida, como lo es la cláusula MED-ARB.

1.4.2 Identificar y fundamentar en doctrina, legislación y criterios de tribunales, jurisdiccionales y arbitrales, el uso de las variables descritas.

Dicho objetivo consiste en fundamentar las variables y elementos propuestos por el investigador en fuentes doctrinales, legislaciones y criterios jurisdiccionales y arbitrales de Derecho Comparado, con objeto de comprobar con veracidad los estudios actuales.

1.4.3 Estructurar y emplear instrumentos como entrevistas semiestructuradas y análisis de documentos basados en archivos públicos (casos) para evaluar las variables descritas.

Versa sobre la implementación de métodos cualitativos de investigación para evaluar las variables propuestas por el investigador con la información procedente de terceros ajenos a la investigación pero expertos o conocedores del tema de estudio. Se implementarán entrevistas semiestructuradas, además del análisis de documentos basados en archivos públicos como lo son criterios, sentencias y laudos de autoridades jurisdiccionales y de organismos que regulan procedimientos MASC.

1.4.4 Organizar y manejar la información proveniente de las entrevistas semiestructuradas y del análisis de documentos basados en archivos públicos.

Tratará sobre el orden y manejo de la información obtenido a través de los instrumentos aplicados, desde la organización de datos hasta la utilización de software y programas para el manejo y análisis de información.

1.4.5 Comparar y contrastar la información proveniente de las entrevistas semiestructuradas y del análisis de documentos basados en archivos públicos.

Consiste en la confrontación de resultados obtenidos por medio de instrumentos cualitativos, a efecto de obtener grupos de muestras válidas y objetivas.

1.4.6 Interpretar y evaluar los resultados obtenidos de las entrevistas semiestructuradas y del análisis de documentos basados en archivos públicos.

El presente objetivo constará de la interpretación que el investigador le dará a los resultados obtenidos de los métodos cualitativos de investigación utilizados, la cual servirá para la demostración de la hipótesis de investigación.

1.4.7 Demostrar que la voluntad de las partes contratantes, la naturaleza obligatoria, la forma y el objeto de la cláusula MED-ARB son los elementos fundamentales de las cláusulas MED-ARB.

Trata de la validación de elementos de la cláusula MED-ARB a través de la obtención de resultados de métodos cualitativos de investigación, y la interpretación de los mismos por el investigador.

1.4.8 Sustentar y proyectar que las cláusulas MED-ARB requieren de una formalidad determinada para su debida implementación y reconocimiento.

Consiste en determinar y establecer los requisitos que debe tener la cláusula MED-ARB para su implementación por las partes contratantes, su aplicación asistida por un tercero, sea particular o una autoridad nominadora administradora de MASC, así como para el reconocimiento de órganos jurisdiccionales de las referidas cláusulas híbridas o escalonadas.

1.5 Hipótesis

Los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos comerciales del Sector Energético Internacional son la voluntad de las partes contratantes, la naturaleza obligatoria, la forma y el objeto de la cláusula MED-ARB.

1.6 Marco conceptual

Una vez descrita la hipótesis con antelación, a continuación se realiza una descripción de los aportes teóricos provistos por la doctrina y sus autores dentro de la sección de antecedentes, mismos que se describen de forma breve a continuación para dar sustento teórico al tema a investigar.

Investigador	Propuesta teórica	Relevancia
(Figueroa Díaz, Magaña Hernández, & Tomás, 2012)	Concepto de los métodos alternos de solución de conflictos.	Definición base que fundamenta los MASC como procedimientos o herramientas de la justicia, definición que abarca los conceptos de mediación y arbitraje.
(Fullerton, 2010)	Concepto de mediación.	Definición de mediación como MASC, la cual sirve de base o fundamento de los MASC híbridos o mixtos.
(Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012)	Concepto de mediación.	Definición relevante para la elaboración de la investigación doctoral, en lo que respecta a la base o fundamento de los MASC híbridos o mixtos.
(Gorjón Gómez F. J., 2016)	Mediación como ciencia social emergente.	Definición de mediación como ciencia social emergente por haber estado presente en evolución de humanidad pero no haber sido reconocida como ciencia sino como un sistema terciario.
(Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012)	Concepto de arbitraje.	Definición indispensable para la elaboración de la investigación doctoral respecto al fundamento de los MASC híbridos o mixtos.

(Graham, 2009)	Características del arbitraje y el laudo arbitral.	Definición y características fundamentales para el estudio y análisis del reconocimiento y validez de las cláusulas MED-ARB.
(Fullerton, 2010)	Concepto de MED-ARB como MASC híbrido o mixto.	Definición del MASC indispensable que será objeto de estudio a través de las cláusulas MED-ARB establecidas por las partes.
(Brewer & Mills, 1999)	Características y perspectivas del procedimiento MED-ARB.	Demuestra la perspectiva hacia los MASC híbridos o mixtos como el procedimiento MED-ARB.
(Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012)	Concepto de las cláusulas MED-ARB.	Definición central de las cláusulas MED-ARB que serán estudiadas y analizadas a lo largo de la investigación doctoral.
(Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012)	Características y perspectivas de las cláusulas MED-ARB.	Definición y la perspectiva de las cláusulas MED-ARB como métodos de “aseguramiento de resolución de conflictos”.
(Barrientos del Monte & Añorve Añorve, 2014)	Recopilación del contexto histórico de la reforma energética de los EUM.	Descripción, recuento y perspectiva respecto a la reforma energética de los EUM, cuyo contexto histórico permite un estudio de la aplicación en escenarios comerciales internacionales diferentes hasta el momento de la elaboración del presente trabajo.
(Vargas, 2015)	Impacto legislativo de la reforma energética de los EUM.	Recuento de las legislaciones secundarias influenciadas por la reforma energética de los EUM.
(Gorjón Gómez F. J., 2015)	Teoría de la impetración de justicia.	Concepto que aborda la búsqueda de soluciones que

		el sistema judicial y de procuración de justicia requiere para cumplir sus postulados, con intervención de personas, de la sociedad en la gestión de controversias, lo cual es la ciudadanización de la justicia.
(Bejarano Sánchez, 2010)	Corriente de pensamiento del individualismo liberal.	Antecedente del origen de la voluntad de las partes y la libertad personal.
(Arcagni, 1994)	Principio de autonomía de la voluntad de las partes.	Ubica el principio en el contexto de contratación internacional.
(Stiglitz, 1994)	Manifestaciones de autonomía de la voluntad.	Define la autonomía de la voluntad y la eficacia que da al negocio.
(Martínez Alfaro, 2008)	Relación de los elementos de existencia y de validez con la autonomía de la voluntad.	Señala los elementos necesarios para dar existencia y eficacia al acto jurídico.
(Bejarano Sánchez, 2010)	El orden público como limitación.	Define al orden público como limitante de la autonomía de la voluntad de las partes.
(Martínez Alfaro, 2008)	Consentimiento del acto jurídico.	Definición del consentimiento.
(Domínguez Martínez, 2000)	Integración del consentimiento.	Determina los elementos que integran y forman el consentimiento.
(Martínez Alfaro, 2008)	Tipos de comunicación del consentimiento.	Enuncia y define la comunicación expresa y tácita del consentimiento.
(Sánchez García, 2015)	Naturaleza contractual del acuerdo de mediación.	Explica que el acuerdo de mediación tiene naturaleza contractual.
(Gorjón Gómez & Adame, 2015)	Naturaleza obligatoria de la mediación.	Describe la naturaleza jurídica y obligatoria de la mediación.

(Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012)	Naturaleza contractual del arbitraje.	Describe la naturaleza obligatoria del arbitraje.
(Bejarano Sánchez, 2010)	Obligatoriedad del contrato asimilado a la ley.	Asimila el contrato entre particulares con la fuerza obligatoria de la ley.
(Stiglitz, 1993)	El contrato con carácter de ley para las partes.	Equipara el contrato con la ley y su obligatoriedad.
(González de Cossío, Arbitraje, 2014)	Cláusulas escalonadas estándar.	Enuncia los organismos e instituciones que han establecido una cláusula escalonada modelo o estándar. Describe el uso de cláusulas escalonadas en la práctica jurídica.
(Vásquez del Mercado, 2011)	Forma del acto o negocio jurídico.	Define la forma del acto jurídico y la libertad de las partes de establecerla.
(Arce Gargollo, 2010)	Forma establecida en la ley.	Señala que la forma también es determinada por la ley en casos específicos.
(Martínez Alfaro, 2008)	Ausencia de la forma.	Describe la ausencia de la forma como causal de nulidad.
(Irra de la Cruz & Ibarra Chávez, 2015)	Omisión de precisar en la cláusula escalonada.	Menciona el problema de omitir aspectos específicos en la cláusula escalonada.
(González de Cossío, Arbitraje, 2014)	Lenguaje obligatorio de la cláusula escalonada.	Señala la obligación de las partes de hacer cuando la cláusula escalonada tiene lenguaje obligatorio.
(Uribe Piedrahita, 2007)	Temporalidad de instituciones y MASC.	Describe la limitación de la temporalidad de instituciones jurisdiccionales y del arbitraje.
(Friedland, 2007)	Redacción de cláusulas escalonadas.	Menciona necesidad de determinar la temporalidad de cada escalón o paso en la cláusula.
(Domínguez Martínez, 2000)	Objeto del acto jurídico.	Define el objeto del acto jurídico como elemento esencial.

(Martínez Alfaro, 2008)	Posibilidad física del objeto de los actos jurídicos.	Expresa la posibilidad física del objeto en las obligaciones de hacer.
(Martínez Alfaro, 2008)	Posibilidad jurídica del objeto de los actos jurídicos.	Expresa la posibilidad física del objeto en las obligaciones de hacer.

TABLA 1.1 Marco teórico

1.7 Modelo de investigación

En la presente investigación se basará el estudio en un modelo explicativo, implementando métodos cualitativos por ser una investigación doctoral de dicho carácter, lo cual tiene como objetivo brindar y aportar información y resultados que comprueben de manera fehaciente la hipótesis planteada.

De la misma manera, dentro del modelo de investigación que se aplicará, el presente estudio será de tipo no experimental, tratándose de una investigación transversal puesto que se estudiará el problema de investigación en un periodo de tiempo determinado para una población específica.

1.8 Diseño de investigación

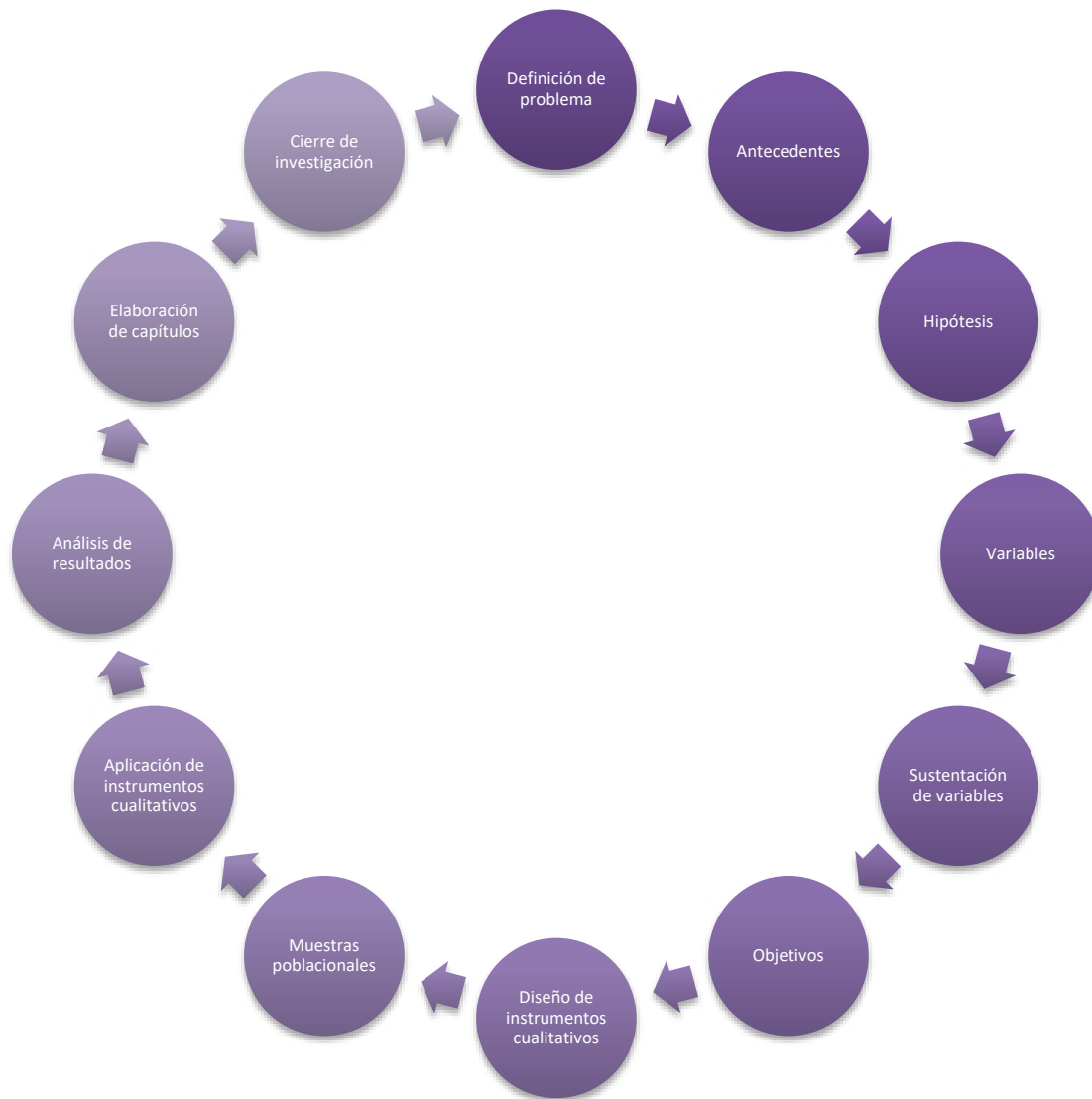


FIGURA 1.1 Mapa conceptual de diseño de investigación.

El plan o estrategia elaborada para responder los objetivos y preguntas de investigación consistirá en primeramente definir el problema de investigación y establecer los antecedentes de dicho problema. Posteriormente, se deberá determinar la hipótesis del problema de investigación, la cual deberá contener las variables que se estudiarán para validar o invalidar

la hipótesis planteada, una vez hecho lo anterior, se sustentarán las variables determinadas por el investigador.

Se establecerán los objetivos a realizar a lo largo de la investigación doctoral y después se pasará a realizar el diseño de instrumentos a aplicar, mismo que deberá contener el diseño de los instrumentos cualitativos. Dicho diseño de instrumentos constará de la elaboración detallada de la entrevista semiestructurada a realizar y del análisis de documentos basados en archivos públicos como lo son criterios, sentencias y laudos a revisar, así como de la delimitación de las muestras poblacionales para poder pasar a la aplicación de los citados instrumentos.

Terminada la aplicación de los instrumentos cualitativos se realizará el análisis y estudio de los resultados obtenidos, con el cual se comprobarán o no las variables de la hipótesis y se podrán encontrar, si es el caso, diversas variables o elementos que no hayan sido contemplados por el investigador y que sean de relevancia para el estudio.

Una vez finalizado lo anterior, se procederá a comparar y contrastar los resultados obtenidos con las teorías relacionadas al tema de investigación, así como lo que la doctrina y autores mencionan respecto al problema y la práctica dentro de diversos entornos, como el comercio internacional y el comercio nacional.

Siendo realizado e implementado lo anteriormente mencionado, se procederá a realizar la recopilación de información para sintetizar, concluir y exponer resultados obtenidos de los estudios realizados para concluir así la investigación a realizar.

1.9. Matriz de congruencia

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVO GENERAL	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	MARCO TEÓRICO	HIPÓTESIS	VARIABLES	MÉTODO	INSTRUMENTO DE MEDICIÓN
La implementación de un método escalonado podría beneficiar en mayor medida a las partes contratantes al asegurar la resolución del conflicto sin la necesidad de recurrir a la autoridad jurisdiccional. La cláusula MED-ARB como mecanismo escalonado de solución de conflictos puede lograr la resolución a través de la aplicación de la mediación y el arbitraje de manera consecutiva ante la aparición de un conflicto. Dado a las contraposiciones de principios y obligaciones de las cláusulas MED-ARB, se busca analizar y valorar dichas cláusulas como mecanismo escalonado, desde su naturaleza como forma de expresión del principio de voluntad de las partes, su obligatoriedad, su redacción, su implementación y su aplicación, para proyectar su eficacia y reconocimiento dentro de la esfera internacional de las instituciones y asociaciones reguladoras de MASC, así como de la esfera jurídica del Derecho Mexicano.	¿Cuáles son los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos comerciales del Sector Energético Internacional?	Determinar los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos comerciales del Sector Energético Internacional.	1) Enunciar y exponer las teorías contractualistas y teoría de la impetración de justicia que sustentan las cláusulas MED-ARB. 2) Identificar y fundamentar en doctrina, legislación y criterios de tribunales, jurisdiccionales y arbitrales, el uso de las variables descritas. 3) Estructurar y emplear instrumentos como entrevistas semiestructuradas y análisis de documentos basados en archivos públicos (casos) para evaluar las variables descritas. 4) Organizar y manejar la información proveniente de las entrevistas semiestructuradas y del análisis de documentos basados en archivos públicos. 5) Comparar y contrastar la información proveniente de las entrevistas semiestructuradas y del análisis de documentos basados en archivos públicos. 6) Interpretar y evaluar los resultados obtenidos de las entrevistas semiestructuradas y del análisis de documentos basados en archivos públicos. 7) Demostrar que la voluntad de las partes contratantes, la naturaleza obligatoria, la forma y el objeto de la cláusula MED-ARB son los elementos fundamentales de las cláusulas MED-ARB. 8) Sustentar y proyectar que las cláusulas MED-ARB requieren de una formalidad determinada para su debida implementación y reconocimiento.	Teoría contractualista: González, de Cossío, F.; Teoría de la impetración de la justicia: Gorjón Gómez, F.; Teoría de Jarrosson: Jarrosson, C., González, de Cossío, F.; Arbitraje: Mereminskaya, E.; Arbitraje y el acuerdo arbitral: Graham, J. A.; Acuerdos arbitrales escalonados: la teoría Jarrosson; MED-ARB y sus variantes: Fullerton, R.; Procedimiento MED-ARB: Brewer, T. y Mills, L.	Los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos comerciales del Sector Energético Internacional son la voluntad de las partes contratantes, la naturaleza obligatoria, la forma y el objeto de la cláusula MED-ARB.	Voluntad de las partes contratantes, naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB, forma de la cláusula MED-ARB y objeto de la cláusula MED-ARB.	Métodos cualitativos.	Cualitativo: entrevista semiestructurada con categorización de resultados. Cualitativo: análisis de documentos basados en archivos públicos.

TABLA 1.2 Matriz de congruencia

CAPÍTULO 2: SITUACIÓN HISTÓRICA Y ANTECEDENTES DE LOS MASC Y LA CLÁUSULA MED-ARB EN EL SECTOR COMERCIAL

2.1 Implementación de mediación y arbitraje en diversos países en el siglo XXI.

2.1.1 Estados Unidos de América

De acuerdo con Morán (2010), en las recientes décadas en los Estados Unidos de América (EUA), la conciliación, la mediación y el arbitraje se convirtieron en medios populares de solución de conflictos jurídicos que descongestionaron los tribunales y cortes de justicia “en el ámbito familiar, educativo, laboral, contractual, administrativo, de medio ambiente y salud pública, e incluso en conflictos entre organizaciones y entidades religiosas” (Morán, 2010, pág. 18).

En el caso de la mediación, ha tenido un desarrollo considerable, así como también se ha promovido y practicado en gran medida dicho método alternativo por instituciones de mediación existentes y de reciente creación en materia de asuntos civiles y comerciales, sean nacionales o de derecho internacional privado según afirma Estavillo Castro (2009). Las instituciones de arbitraje inclusive han expandido sus servicios para abarcar la regulación de la mediación como por ejemplo la “American Arbitration Association (AAA) y su rama internacional, que es el Internacional Centre for Dispute Resolution, “ICDR”; la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual/OMPI (World Intellectual Property Organization/WIPO), y la Cámara de Comercio Internacional, CCI” (Estavillo Castro, 2009, pág. 79).

Por otro lado, autores también aseveran que el arbitraje ha sido el principal método alternativo de solución de conflictos (MASC) o *Alternative Dispute Resolution* (ADR) disponible en los Estados Unidos de América (EUA) puesto que el arbitraje en dicho país se ajusta a su cultura, involucrando un procedimiento competitivo de resolución de conflictos pero a su vez las partes en disputa resuelven sus diferencias de manera alterna al sistema de justicia de acuerdo con

Coltri (2010). En Estados Unidos de América se llevan a cabo procedimientos de litigios, además de mecanismos de resolución alterna, siendo entonces un país con una amplia variedad de formas de resolver las disputas entre partes dado a que no solamente se atienen a un procedimiento jurisdiccional. Como menciona Coltri (2010), la cultura americana destaca por su competitividad, por lo cual destaca la implementación de arbitraje, sin embargo, el investigador considera que la mediación y la negociación son parte fundamental de las relaciones comerciales en EUA puesto que para celebrar contratos, se requiere de un procedimiento de diálogo, propuestas y acuerdos entre las partes, los cuáles también están presentes al suscitarse una disputa y no solamente se recurre a un método competitivo como el arbitraje y el litigio que implican una inversión económica mayor.

2.1.2 Argentina

En el caso de Argentina, “dos son los pilares de la Reforma Judicial: por un lado, la desjudicialización del conflicto y, por otro, la descentralización de su tratamiento” (Álvarez, 2006, pág. 29), se propiciaron cambios en las políticas públicas de la administración de justicia, de forma que se redefinió dicha administración y se incluyó la “institucionalización de las denominadas alternativas de resolución de disputas (RAD) en forma anexa, conectada o relacionada con el sistema formal” (Álvarez, 2006, pág. 29).

El arbitraje en Argentina se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (1981), que pese a no tener una ley arbitral, prevé en el referido código las disposiciones en materia de dicho método alternativo de solución de conflictos, siendo que en el Libro Sexto Título I se tratan las disposiciones del juicio arbitral partiendo del artículo 736 que señala los asuntos que pueden someterse a arbitraje, los artículos 739 y 740 establecen la forma y el contenido que debe tener el compromiso arbitral, además de las cláusulas facultativas que pueden incluirse en el compromiso arbitral estipuladas en el artículo 741, e incluso se establece el nombramiento, aceptación del cargo conferido, desempeño y recusación de los árbitros, así como las formalidades del procedimiento arbitral, las medidas

de ejecución, las formalidades y contenido en la emisión del laudo e incluso se trata en el mismo Libro sexto Título II artículo 766 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (1981) el juicio de amigables componedores.

En lo que respecta a la mediación, en Argentina dicho método alternativo fue innovador al introducirse de manera experimental como mediación obligatoria relacionada con los procesos judiciales puesto que se trata de una mediación previa al desarrollo de los juicios, tal y como se observa del artículo 1 de la Ley 26.589 de Mediación y Conciliación, publicada en el Boletín Oficial del referido país el 6 de mayo de 2010¹, misma que establece a su vez que la mediación prejudicial obligatoria será aplicable a todos los casos con excepción de las acciones penales, las acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria postestad y adopción, excepto cuestiones patrimoniales derivadas de éstas, las causas en que el Estado y sus divisiones territoriales sean parte, así como los procesos de inhabilitación, declaraciones de incapacidad o de rehabilitación, aunado a los amparos, hábeas corpus, medidas cautelares, juicios sucesorios, entre otros, según la propia Ley 26.589 de Mediación y Conciliación de Argentina (2010).

La citada Ley 26.589 hace mención en su artículo 7 de los principios a los que se deberá ajustar la mediación prejudicial obligatoria, de los cuales destaca que en la primera audiencia el mediador tiene la obligación de informar a las partes los principios y reglas del procedimiento de mediación obligatoria, de lo cual la doctrina refiere que “se puede llegar a la conclusión de que se obliga exclusivamente a recibir esta sesión informativa y no a la permanencia en el proceso de mediación” (Sánchez García, 2015, pág. 50).

¹ Argentina. Ley 26.589, de 15 de abril, de Mediación y Conciliación. Boletín Oficial de la República Argentina, de 6 de mayo de 2010, núm. 31.898, pp. 1-5. [Consultado 12 noviembre 2016]. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/9639301/20100506>.

Como se menciona por la doctrina, el carácter obligatorio de la mediación en Argentina se prevé como una obligación de asistir a una primera junta de información más no a permanecer en el procedimiento, con lo cual no se violenta el principio de autonomía de la voluntad de las partes pues no se le fuerza a que actúa de manera contraria a su voluntad. De la misma manera, el investigador considera que el propósito de establecer obligaciones en torno a la mediación consiste en incitar a que las partes busquen y prueben la implementación de mecanismos diversos al litigio que puedan beneficiar al negocio de las partes.

2.1.3 Chile

En Chile, existe “existe actualmente una tendencia a favor de la resolución alternativa de disputas creciente y en dinámico desarrollo” (Helmlinger Casanova & Cruz Tamburrino, 2006, pág. 115), desde hace ya más de un siglo se ha utilizado el arbitraje como mecanismo de solución de disputas más frecuente, haciendo especial mención que se implementaban los mecanismos *ad hoc* y hasta los años 90 se implementaron los arbitrajes de forma institucionalizada según mencionan Helmlinger Casanova & Cruz Tamburrino (2006). Actualmente, la ley de arbitraje vigente en Chile es la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional, la cual fue promulgada el 10 de septiembre de 2003 y publicada el 29 de septiembre de 2004 en el Diario Oficial de la República de Chile de acuerdo con la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2004), en la cual se establece en su contenido el ámbito de aplicación, los conceptos y reglas de interpretación, las disposiciones relativas al acuerdo de arbitraje o cláusula arbitral, la designación, competencia y recusación del árbitro o tribunal arbitral, así como las formalidades del procedimiento arbitral, el contenido, emisión e impugnación del laudo, y su reconocimiento y ejecución.

En lo que respecta a la mediación, mencionan Helmlinger Casanova & Cruz Tamburrino (2006) que en 1992 se creó la primera institución administradora de arbitrajes y se le denominó el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (CAM Santiago) que dependía de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. (CCS), y que consiste en una institución que ofrece servicios, no sólo

de arbitraje sino también de mediación en conflictos nacionales e internacionales, tan es así que en el año 1998 comenzó a ofrecer la mediación como método alternativo de solución, siendo necesario destacar que en el año 2006 dicho centro comenzó a ofrecer la administración de arbitraje comercial internacional a la luz de la Ley 19.971 de la materia según refiere el portal oficial del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (s.f.). Cabe destacar, que como parte de sus servicios, el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago cuenta con sus propios reglamentos de métodos alternos de solución de conflictos, como lo son el Reglamento Procesal de Arbitraje vigente a partir del 1 de diciembre de 2012, el Reglamento Arbitraje Internacional vigente a partir del 1 de junio de 2006 y el Reglamento Procesal de Mediación vigente a partir del 1 de noviembre de 2000 según el propio Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (s.f.).

En la actualidad, una parte relevante de la comunidad jurídica y empresarial de Chile implementa el arbitraje institucional para resolver sus disputas por las ventajas económicas que implica, la rapidez del procedimiento, su especialidad, su considerable bajo costo y su carácter efectivo según mencionan Helmlinger Casanova & Cruz Tamburrino (2006).

Cabe destacar que fue precisamente en los años 90 en que las instituciones cuyo objeto de estudio eran los MASCS se percatan de la necesidad de proveer otros MASCS diversos al arbitraje que por su naturaleza y objeto no son susceptibles de someterse al arbitraje o al litigio por la vía jurisdiccional, aunado al aparente descontento de particulares con la eficiencia de los órganos jurisdiccionales de la justicia tradicional influenciada por la saturación de juicios y los pocos recursos para darles trámite según mencionan Helmlinger Casanova & Cruz Tamburrino (2006), autores que aseveran que inclusive con la globalización, Chile estableció relaciones comerciales con otros países, siendo necesario el desarrollo de diferentes MASCS, como es el caso de la mediación.

Es evidente que aunque “existe aún preponderancia del arbitraje como fórmula de resolución de controversias en materia civil y comercial, existe cada vez mayor conciencia acerca de la

necesidad de avanzar a procedimientos menos adversariales como la mediación y la conciliación” (Helmlinger Casanova & Cruz Tamburrino, 2006, pág. 116). No hay que olvidar que inclusive otros MASC como la negociación son indispensables en las relaciones contractuales de carácter comercial puesto que son las mismas partes contratantes las que establecen acuerdos entre sí, en donde se busca el beneficio de ambas partes y es indispensable la habilidad de negociar con los intereses y necesidades de cada parte.

2.1.4 China

En China se ha acrecentado el desarrollo económico en las últimas décadas, con lo cual se ha suscitado también un incremento dramático en el número de disputas comerciales como señala Gu (2014), de las cuales una porción importante se resuelven mediante *alternative dispute resolution* (ADR) según el autor. De acuerdo con Gu (2014), la necesidad de resolver disputas de manera eficiente además de la tradición y preferencia de China por la mediación ha creado la oportunidad de que un sistema híbrido de mediación y arbitraje o MED-ARB se desarrolle, haciendo referencia dicho autor que actualmente la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) resuelve de 20% a 30% de la cantidad de sus casos a través del procedimiento escalonado MED-ARB.

En los últimos 20 años después de la promulgación de la Ley de Arbitraje, China ha desarrollado fuertemente el arbitraje mientras que las instituciones de arbitraje en China han incrementado el número de casos que resuelven, además de mejorar las cualidades y administración de las instituciones, siendo que al final del año 2014 existían 235 instituciones arbitrales en China, las cuales incluían 2 comisiones de arbitraje bajo la *China Chamber of International Commerce* y la *China Council for the Promotion of International Trade* (CCPIT), que son la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) y la *China Maritime Arbitration Commission* (CMAC), además de otras comisiones arbitrales distribuidas en el territorio chino de acuerdo con la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (2014).

Según la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (2014), la práctica de mecanismos escalonados en China a través de dicha comisión fue adoptada en los años de 1950 y ha sido desarrollada y mejorada en casi 60 años de práctica del CIETAC y la *China Maritime Arbitration Commission* (CMAC), lo cual ha sido seguido por la legislación de países extranjeros y adoptado por instituciones arbitrales extranjeras y sus reglamentos, siendo una de sus innovaciones el procedimiento escalonado ARB-MED, en el cual un tribunal arbitral conduce una mediación durante el proceso de arbitraje.

Para el caso de China, los autores establecen que no es un procedimiento nuevo la implementación de MASC escalonados puesto que incluso se han propuesto formas diversas de métodos escalonados como lo es el ARB-MED. Asimismo, en China existen una variada cantidad de comisiones e instituciones arbitrales que regulan dicho mecanismo a pesar de que dicho país tenía una tendencia e inclinación preferencial hacia la mediación, con lo cual no sólo reitera la influencia de los MASC en solución de conflictos sino que permite que las partes estén receptivos y sean flexibles a otros mecanismos como el arbitraje o la negociación.

2.1.5 Unión Europea y España

En la Unión Europea, la Comisión de las Comunidades Europeas emitió el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil en el año 2002 de acuerdo con el portal oficial del Poder Judicial España (2015), la cual tiene como objetivo la “consulta de medios interesados sobre una serie de cuestiones jurídicas que se plantean en lo referente a las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil” (EUR-Lex Access to European Union Law, s.f.). El referido Libro Verde recapitula y comienza una consulta para preparar las medidas en MASC que convenía adoptar en el año 2002 en la Unión Europea, y las cuales serían tomadas en consideración al momento de emitir las respectivas leyes en MASC en cada país miembro de la Unión Europea y de las cuáles se vieran beneficiadas también las partes interesadas, promoviendo la introducción y uso de MASC como la mediación en Europa.

En abril de 2002 es cuando la Comisión de las Comunidades Europeas publicó el documento de debate sobre las referidas modalidades alternativas de solución de controversias, en tanto que en julio de 2004 la Comisión Europea se estableció la creación de un Código de Conducta de mediadores, el cual fue aprobado por expertos en mediación y se adoptó en octubre de 2004 por la citada Comisión para ser someterlo después al Parlamento y al Consejo europeo como una directiva de este método alternativo de solución de conflictos según menciona Brea Pallares (2010), quien a su vez señala que con el Libro Verde, el Código de Conducta y la propuesta de directiva inscritos son trabajos de la Comisión Europea para la creación de libertad, seguridad y justicia pero específicamente para poder garantizar el acceso a la justicia.

Es hasta el 24 de mayo de 2008 que el Diario Oficial de la Unión Europea emitió la Directiva 2008/52/CE, cuyo propósito, plasmado en 14 artículos, es la facilitación del acceso a las modalidades alternativas de solución de conflictos o MASC y promover la solución amistosa de conflictos a través de la mediación, tratando de asegurar una relación de equilibrio entre este método alternativo y el proceso judicial del litigio como lo establece la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (2008), haciendo especial mención en que la Directiva será aplicable a los litigios de carácter transfronterizos, civiles y mercantiles, con excepción de los derechos y obligaciones que no son de disposición de las partes, siendo inaplicable a los litigios fiscales, aduaneros o de carácter administrativo, así como tampoco se aplicará a la responsabilidad del Estado a causa de actos u omisiones cuando éste ejerce su autoridad soberana de acuerdo con la Directiva 2008/52/CE.

En el caso del arbitraje español, se aprobó la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, misma que impulsaba al arbitraje pero que las normas que incorporaba provocaron que dicha legislación arbitral quedara desterrada según menciona Barona Vilar (2007), pero fue la actual realidad de España que al contar con mayores inversiones extranjeras, mayor flujo comercial y una interdependencia de economías que provocó una tendencia de armonización

de sectores del derecho comercial internacional, provocando a su vez “un impulso de los medios de tutela no judiciales, y, en especial, la necesidad de armonizar, el régimen jurídico del arbitraje” (Barona Vilar, 2007, pág. 38), con lo cual se aprobó la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje² actualmente en vigor y que fuera publicada en el Boletín Oficial del Estado número 309 de 26 de diciembre de 2003.

En la exposición de motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, de acuerdo con se expresa que dicha norma se basa e inspira en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985, también llamada Ley Modelo CNUDMI con el objeto de uniformar la legislación nacional con la legislación arbitral comercial internacional y otorgar certidumbre del régimen jurídico arbitral en España de acuerdo con el Boletín Oficial del Estado (2015).

Entre las disposiciones de los títulos I y II de la Ley 60/2003 se encuentran resguardar las disposiciones de convenios internacionales a los que pertenece España; que esta ley general de arbitraje sea aplicable a todos los arbitrajes sin regulación especial y se aplique supletoriamente a los arbitrajes con regulación especial; que se regulen unitariamente los arbitrajes internos e internacionales; que el ámbito de aplicación de la ley es de carácter territorial; además de establecer los requisitos y, a su vez, los efectos de la cláusula o convenio arbitral, sin embargo, la Ley 60/2003 se caracteriza por el antiformalismo que ostenta puesto que aunque el convenio arbitral requiera constancia de su existencia, no se determina que el mismo debe ser por escrito solamente; se establece que el referido convenio arbitral podrá ser redactado por separado; se destaca que la voluntariedad de las partes se superpondrá a

² España. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Boletín Oficial del Estado, de 26 de diciembre de 2003 (última modificación de 6 de octubre de 2015), núm. 309, pp. 1-23. [Consultado 5 marzo 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf> .

las cuestiones de forma del convenio arbitral; entre otras más modificaciones a la ley anterior conforme al portal del Boletín Oficial del Estado (2015).

El título III de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje refiere lo relevante al árbitro o árbitros que conocerán los conflictos, su capacidad para fungir en el cargo designado, su designación cuando no hay un acuerdo expreso de las partes, los principios que deben respetar los árbitros al conocer de un conflicto, el procedimiento de recusación de los árbitros, en tanto que el título IV de la citada normativa prevé la regla donde los árbitros pueden dirimir sobre su competencia, o regla de separabilidad del contrato, además de prever la facultad de los árbitros en la adopción de medidas cautelares según el Boletín Oficial del Estado (2015).

Por su parte, el Boletín Oficial del Estado (2015) señala que el título V de la Ley 60/2003 trata las actuaciones judiciales y los principios que las rigen, especificando aspectos del lugar de arbitraje y las etapas del mismo, así como el idioma en el que se celebrará, las reglas de celebración de audiencias, la fase de prueba, siendo que el título VI abarca las cuestiones relativas a la emisión de laudos, su contenido, plazos, modificaciones, además de las formas de terminar el procedimiento arbitral, la norma aplicable al fondo del conflicto. Respecto al título VII, éste trata sobre el procedimiento de anulación y revisión de laudos, el título VIII se avoca a la descripción de la ejecución forzosa y obligatoria del laudo, siendo que éste tiene fuerza ejecutiva y, finalmente, el título IX “regula el exequátur de laudos extranjeros” (Boletín Oficial del Estado, 2015), es decir, el reconocimiento de laudos extranjeros en España, con lo cual se enmarcan las principales disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje vigente en España.

Cabe destacar que en publicación número 121 de 21 de mayo de 2011 del Boletín Oficial del Estado se publicó la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que reforma a la referida Ley 60/2003, de 23

de diciembre, de Arbitraje³, y que de acuerdo con la exposición de motivos de dicha norma se modifican las funciones judiciales relativas al arbitraje, específicamente el “nombramiento y remoción judicial de árbitros, el conocimiento de la acción de anulación del laudo y la competencia para conocer el exequátur de los laudos extranjeros” (Boletín Oficial del Estado, 2011). Otras reformas a la Ley 60/2003 involucran cambios en el sistema del idioma, el plazo, las formalidades y motivación del laudo arbitral de acuerdo con el Boletín Oficial del Estado (2011), además de la estipulación y regulación del procedimiento “para resolver las controversias jurídicas relevantes que se susciten entre la Administración General del Estado y entes de Derecho público o entre estos últimos” (Cremades Sanz-Pastor, 2014, pág. 32), con los cuales se trata de dar seguridad jurídica y eficacia a los procedimientos arbitrales.

Por lo que respecta a la mediación en España, en los últimos años se ha impulsado y promocionado la mediación, sin embargo, en el ámbito de “las Comunidades Autónomas, hasta la aprobación del Real Decreto-ley 5/2012 se carecía de una ordenación general de la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles, al tiempo que asegurara su conexión con la jurisdicción ordinaria” (Boletín Oficial del Estado, 2015, págs. 1-2), con lo cual se pudo permitir la desjudicialización de determinados asuntos, que pueden lograr una solución más adecuada a los intereses y necesidades de las partes conflictuadas según se expresa en la exposición de motivos de la Ley Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La mediación es relevante y permite la solución alterna de conflictos en materias de derecho civil y mercantil, tal y como se plasma en la Ley 5/2012, la cual fue publicada en el

³ España. Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Boletín Oficial del Estado, de 21 de mayo de 2011, núm. 121, pp. 1-8. [Consultado 5 marzo 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2011/05/21/pdfs/BOE-A-2011-8847.pdf>.

Boletín Oficial del Estado el 7 de julio de 2012⁴ según el portal del Poder Judicial de España (2012).

Previo a la publicación de la Ley 5/2012, dicha normativa tenía el carácter de Real Decreto Ley, a la cual se le atribuyó gran importancia por ser “la primera norma de carácter general que regula de forma sistemática la mediación civil y mercantil en un país como el nuestro, en que la cultura mediadora es prácticamente nula en comparación con otros países, especialmente los de origen anglosajón” (Trigo Sierra & Moya Fernández, 2012, pág. 102). El citado Real Decreto Ley marcó la diferencia en cuanto a la regulación de los MASC en España puesto que impulsa a la mediación civil y mercantil en un país europeo cuya cultura de MASC era casi inexistente en el año 2012.

Es loable destacar que en España, con la ahora Ley 5/2012, aplicable a asuntos civiles o mercantiles, también se incluye la aplicación de dicha norma a “los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable” (Cobas Cobiella, 2015, págs. 33-34), sin embargo, se excluyen de su aplicación la mediación penal, la mediación con la Administración Pública, la mediación de carácter laboral y la mediación de consumo de acuerdo con la referida autora.

Entre las cuestiones relevantes que la Ley 5/2012 prevé es que una de las partes puede alegar al falta de jurisdicción del tribunal cuando se presente una demanda judicial cuya controversia previamente había sido sometida a mediación, en razón de que el conocimiento del conflicto le compete al mediador, o en su caso a un arbitraje o a otro orden jurisdiccional si así lo fuera según los artículos 39 y 63 de la citada ley. Con lo anterior, se puede observar como se le otorga importancia a los MASC homologando las reglas jurídicas de un litigio al

⁴ España. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Boletín Oficial del Estado, de 7 de julio de 2012 (última modificación de 31 de julio de 2015), núm. 162, pp. 1-18. [Consultado 12 noviembre 2016]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-9112-consolidado.pdf>.

escenario del desarrollo de los mecanismos alternativos, en donde una autoridad jurisdiccional no podrá resolver sobre una cuestión que primeramente se sometió a la competencia de un tercero neutral, como lo es el mediador.

Inclusive, los doctrinarios establecen que en la propia “Carta Magna de los Jueces de 17 de noviembre de 2010 se dispone que los jueces tienen la obligación de <<contribuir a la promoción de métodos alternativos de resolución de conflictos>>” (Trigo Sierra & Moya Fernández, 2012, pág. 111), con lo cual se hace destacar el impulso y promoción de los MASC en España, no solamente por instituciones públicas y privadas reguladoras y administradoras de MASC, sino también por los propios jueces como autoridades jurisdiccionales, y como lo menciona Trigo Sierra & Moya Fernández (2012), dicha ley es uno de los pasos en el largo proceso por recorrer para establecer a la mediación como método alterno de solución de controversias en el proceso civil y arbitral.

Como complemento a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, el Estado Español emitió el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre de 2013, la cual fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el 27 de diciembre de 2013 según portal del Poder Judicial de España (2013).

El Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre de 2013 establece en su artículo 1 el objeto de su creación, el cual versa sobre el desarrollo de las disposiciones de la Ley 5/2012, específicamente “la formación y el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores, así como la publicidad de los mediadores y de las instituciones de mediación, y el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos” (Boletín Oficial del Estado, 2013, págs. 4-5).

Expuesto lo anterior, en España existe un desarrollo considerable y mayor del arbitraje sobre la mediación, cabe hacer mención y observación de cómo la legislación arbitral fue desarrollada con antelación a la normativa de mediación, aunado a que los propios expertos

españoles en métodos alternos de solución de conflictos, sujetos de aplicación del método cualitativo de investigación del presente trabajo, afirman y reiteran que la mediación no ha sido tan desarrollada en España pese a la existencia de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en comparación con el arbitraje y con el litigio ante órganos jurisdiccionales, sin embargo, la citada ley de mediación busca la mayor promoción e implementación de dicho método alternativo de solución de conflictos, estableciendo requerimientos no sólo del procedimiento de mediación en sí, sino también de la profesionalización y especialización de los mediadores, cuyos requerimientos para fungir como terceros neutrales exigen una debida formación y autorregulación, con lo cual se prevé de mayor certidumbre jurídica para las partes que deseen someterse a una mediación en España.

2.1.6 México

Por su parte, de acuerdo con Pérez Saucedo (2006), en México existe también un aumento de cantidad en litigios, falta de confianza de los particulares a los sistemas de justicia y a las actuaciones de los jueces y litigantes, lo cual ocasionó una crisis de justicia que dio paso a la incursión de los MASC, mismos que destacan por sus cualidades de restablecer la confianza, ser procedimientos menos costosos, ser de carácter voluntario y rápido, cuestiones por las cuales se contemplan en sociedades avanzadas del planeta. De esta manera, “México se sumó a los países que utilizan los Método Alternos de Solución de Conflictos y el compromiso de promoverlos y continuar su desarrollo, como se establece en el Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006” (Pérez Saucedo, 2006, pág. 320), quien afirma que México destaca por la cantidad de tratados comerciales realizados en el mundo, además de que asegura que los países con grandes economías prevén los MASC en sus ordenamientos jurídicos, tal es el caso de México.

En México, la mediación conocida hasta los últimos cinco años del siglo XX era diversa al concepto de mediación moderna que se tiene actualmente afirma Estavillo Castro (2009), lo cual se puede comprobar al advertir que con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación del 18 de junio de 2008 se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20,

21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) se cambió el paradigma jurídico de predisposición a los litigios y disputas de solución jurisdiccional, introduciendo los MASC en la esfera jurídica mexicana, al prever que las legislaciones contengan disposiciones MASC. Es loable señalar que el modificado artículo 17 estableció que “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias” (Diario Oficial de la Federación, 2008), con lo cual comenzó la reforma, modificación y creación de leyes que establecían los MASC como mecanismo alterno de solución de conflictos en diversas ramas del derecho, desde la materia penal hasta el ámbito comercial.

También se produjeron cambios en el sector energético puesto que, como ya se ha mencionado en capítulos anteriores, con la reforma a la CPEUM, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013 da inicio a la reforma energética en México que a partir de la modificación de los artículos 25, 27 y 28 de la CPEUM que mencionan Barrientos del Monte & Añorve Añorve (2014), se crearon y modificaron leyes secundarias, como es el caso de la creación de la Ley de Hidrocarburos⁵, la cual establece en sus artículos 19 y 21 la posibilidad de implementar MASC como métodos de solución de conflictos en los contratos comerciales que se especifican y se derivan de dicha ley; el caso de la Ley de la Industria Eléctrica⁶ que determina en sus artículos 73 y 74 prevén la negociación respecto a la contraprestación, términos y condiciones para el uso, goce o afectación de terrenos, bienes o derechos en la transmisión y distribución de energía eléctrica, en tanto que el artículo 79 prevé una mediación en caso de que a negociación no se consolide dentro de 180 días naturales; en

⁵ Ciudad de México. Ley de Hidrocarburos. Diario Oficial de la Federación, de 11 de agosto de 2014, tomo DCCXXXI núm. 8, Segunda Sección-Vespertina pp. 1-54. [Consultado noviembre 2016]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LHidro_151116.pdf.

⁶ Ciudad de México. Ley de la Industria Eléctrica. Diario Oficial de la Federación, de 11 de agosto de 2014, tomo DCCXXXI núm. 8, Primera Sección-Vespertina pp. 44-88. [Consultado noviembre 2016]. Disponible en: <http://dof.gob.mx/abrirPDF-php?archivo=11082014-VES.pdf&anio=2014&repo=repositorio/>

el caso de la Ley de Petróleos Mexicanos⁷ se prevé los medios alternativos de solución de controversias cuando las partes pactan que los conflictos posteriores a la firma del contrato se resuelvan de esta manera según el 81, siendo que el artículo 115 establece que Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias puedan pactar medios alternativos de solución de controversias, cláusulas y compromisos arbitrales; y sucede lo mismo con la Ley de la Comisión Federal de Electricidad⁸ que incluye en sus artículos 83 y 118 que la Comisión Federal de Electricidad y sus empresas productivas subsidiarias podrán pactar medios alternativos de solución de controversias, cláusulas y acuerdos arbitrales una vez que ya se haya adjudicado y firmado el contrato por las partes y que las mismas hayan pactado la solución de conflictos a través de estos métodos.

Cabe destacar que en México, específicamente en materia de Derecho Energético y Administración Pública, la Secretaría de la Función Pública emitió a través del Diario Oficial de la Federación de 29 de abril de 2016 el “Decreto por el que se establecen las acciones administrativas que deberá implementar la Administración Pública Federal para llevar a cabo la conciliación o la celebración de convenios o acuerdos previstos en las leyes respectivas como medios alternativos de solución de controversias que se susciten con los particulares”, con el cual se determinan las acciones y funciones que las dependencias, entidades de la administración pública federal y las empresas productivas del Estado Mexicano deberán de prever para llevar a cabo conciliaciones y celebrar convenios cuando se susciten controversias entre dichos órganos o empresas con los particulares. Dichas medidas deben ser establecidas por los Consejos de Administración de cada entidad, administración o empresa a través de la modificación de sus lineamientos, y fue el caso en que dos empresas productivas del estado

⁷ Ciudad de México. Ley de Petróleos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación, de 11 de agosto de 2014, tomo DCCXXXI núm. 8, Segunda Sección-Vespertina pp. 55-90. [Consultado noviembre 2016]. Disponible en: <http://dof.gob.mx/abrirPDF-php?archivo=11082014-VES.pdf&anio=2014&repo=repositorio/>

⁸ Ciudad de México. Ley de la Comisión Federal de Electricidad. Diario Oficial de la Federación, de 11 de agosto de 2014, tomo DCCXXXI núm. 8, Segunda Sección-Vespertina pp. 91-128. [Consultado noviembre 2016]. Disponible en: <http://dof.gob.mx/abrirPDF-php?archivo=11082014-VES.pdf&anio=2014&repo=repositorio/>

procedieron, siendo éstas la Comisión Federal de Electricidad (CFE) y Petróleos Mexicanos (PEMEX).

Es también importante mencionar que en México se han desarrollado mecanismos alternativos de solución de controversias en más de la mitad de los estados que conforman dicho país, lo anterior con la finalidad de impulsar y promover las “reformas legales y procesales e inclusive se han creado Centros de Mediación en los Poderes Judiciales de Aguascalientes, Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Tamaulipas” (Leal Espinoza, 2015, págs. 145-146), siendo loable destacar que aunque la introducción de los MASC se sustentó en la reforma constitucional antes mencionada, antes del año 2008 las legislaciones ya habían adoptado la mediación como modo de solución de conflictos en México según Leal Espinoza (2015).

En el caso de Nuevo León, la reforma del 9 de junio de 2004 a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León⁹ introdujo en el artículo 16 la previsión de MASC, señalando que “Toda persona en el Estado tiene derecho a resolver sus diferencias mediante métodos alternos para la solución de controversias, en la forma y términos establecidos por las leyes.” (H. Congreso del Estado de Nuevo León, 2016). La Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León fue publicada en el Periódico Oficial del Estado de Nuevo León el día 14 de enero de 2005¹⁰, siendo loable destacar que el día 13 de enero de 2017 se publicó en el Periódico Oficial del Estado de Nuevo León la Ley de Mecanismos

⁹ Nuevo León. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León. Periódico Oficial del Estado de Nuevo León, de 9 de junio de 2004, núm. 75, pp. 51-61. [Consultado 16 noviembre 2016]. Disponible en: http://sgi.nl.gob.mx/Transparencia_2015/Archivos/AC-F0107-04-C0100404-01.pdf.

¹⁰ Nuevo León. Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León, de 14 de enero de 2005, núm. 6, pp. 3-17. [Consultado 16 noviembre 2016]. Disponible en: http://sgi.nl.gob.mx/Transparencia_2015/Archivos/AC-F0107-05-C0100025-01.pdf.

Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León¹¹, misma que junto a su reforma publicada el 28 de junio de 2017¹² en el Periódico Oficial del Estado de Nuevo León abrogó la Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León de 2005, además de que el 24 de abril de 2017 se publicó en el referido Periódico Oficial del Estado de Nuevo León el Reglamento de la Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León¹³, instrumentos normativos con los cuales se integraron las disposiciones de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de diciembre de 2014. Es loable precisar también que el municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León estableció el primer Centro Municipal de Mediación en el país de México según menciona Urquidi (1999), con lo cual se comprueba que ya se contaba con antecedentes en implementación de MASC antes de la reforma constitucional mexicana de 2008, sin embargo, dicha reforma vino a impulsar y promover los MASC en diversos ámbitos sociales y económicos.

Otro claro ejemplo de cómo en México ya se preveían los MASC antes de la reforma constitucional es la incorporación de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, ley que fuese aprobada en 1985, con lo cual se proveyó de cierta uniformidad a las legislaciones nacionales de diversos países en materia de transacciones comerciales de carácter internacional como menciona Cruz Miramontes y Cruz Barney (2004). Y es necesario mencionar que ante la suscripción de México al Tratado de Libre Comercio para América del

¹¹ Nuevo León. Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León, de 13 de enero de 2017, núm. 6, Sección Tercera, pp. 3-35. [Consultado 08 enero 2017]. Disponible en: http://sgi.nl.gob.mx/Transparencia_2015/Archivos/AC_0001_0007_00160858_000001.pdf.

¹² Nuevo León. Reforma de la Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León, de 28 de junio de 2017, núm. 78, pp. 7-16. [Consultado 29 junio 2017]. Disponible en: http://sgi.nl.gob.mx/Transparencia_2015/Archivos/AC_0001_0007_00165149_000001.pdf.

¹³ Nuevo León. Reglamento de la Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León, de 24 de abril de 2017, núm. 49, pp. 5-43. [Consultado 11 mayo 2017]. Disponible en: http://sgi.nl.gob.mx/Transparencia_2015/Archivos/AC_0001_0007_00164118_000001.pdf.

Norte impulsó la preparación del marco legal jurídico para determinar un nuevo esquema económico de desarrollo en el país según refiere el Instituto Mexicano de Arbitraje (2015).

En México, el máximo órgano jurisdiccional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que el acceso a MASC es considerado un derecho humano pues basta con dar lectura a la tesis aislada “Acceso a los mecanismos alternativos de solución de controversias, como derecho humano. Goza de la misma dignidad que el acceso a la jurisdicción del estado”, identificada con el número 2004630, Décima época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta para advertir como los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial Federal establecieron que “debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto, idéntica finalidad, ... resolver los diferendos entre los sujetos” (Tribunales Colegiados de Circuito, 2013).

Los particulares pueden recurrir a los MASC a través de servicios privados o públicos para resolver su conflicto según explica Azar Manzur (2014), siendo que en los servicios privados las partes pueden diseñar y conducir su procedimiento o someterse a la asesoría y regulación de una institución reguladora y administradora de MASC, y en el caso de los servicios públicos, se incluyen los servicios ofrecidos por los “Centros de Justicia Alternativa anexos a los Tribunales Estatales o por Comisiones Administrativas (PROFECO, CONDUCEF, CONAMED, entre otras)” (Azar Manzur, 2014, pág. 199), quienes administran los MASC y un tercero forma parte del órgano administrativo o jurisdiccional.

Autores aseveran que actualmente se ha desarrollado la implementación de MASC, de manera que se han formado organismos que ayudan a la utilización de los MASC, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional que creó la Ley Modelo sobre Conciliación Internacional, así como la Cámara de Comercio Internacional que creó sus propios Reglamentos ADR, o reglamentos MASC para regular dichos mecanismos implementados por las partes que se sometan a sus ordenamientos según menciona González de Cossío (2014).

Con lo anterior se puede observar como en México se ha promovido en gran medida la implementación de MASC desde los primeros años del siglo XXI hasta la actualidad, teniendo mayor presencia de MASC en las legislaciones federales y estatales de diversos sectores gracias a la reforma constitucional de 2008. Hasta la fecha existen numerosos centros de mediación, instituciones de arbitraje y centros adscritos a organismos jurisdiccionales que ofrecen los servicios de MASC de manera onerosa y gratuita respectivamente.

2.2 Introducción y utilización de métodos MASC en conjunto o de forma escalonada.

Las disputas provenientes de celebración de contratos se resuelven a través del arbitraje y la mediación puesto que dichos MASC poseen un amplio ámbito de actuación por tratarse de una materia disponible dada la existencia del principio de autonomía de la voluntad que prevalece en los contratos sin ser éste excluido por las normas que regulan los contratos, así como también el contrato es el lugar idóneo para establecer y acordar una cláusula de sometimiento o sumisión al arbitraje y a la mediación según mencionan Munné Catarina & Vidal Teixidó (2013).

La cláusula arbitral y la cláusula de mediación o el pacto de mediar permiten el respeto, lealtad y fidelidad de la resolución del conflicto al principio de autonomía de la voluntad de las partes puesto que son los contratantes quienes manifiestan su voluntad de solucionar una disputa mediante determinado MASC, y más aún si se establece una cláusula escalonada como la denominada MED-ARB puesto que con la combinación de dos MASC se busca la solución idónea entre las partes contratantes mediante el estricto apego a lo dispuestos por ellas mismas.

Para algunos autores y doctrinarios la implementación de las cláusulas escalonadas no es recomendable, quienes expresaban que dichas cláusulas no se siguen en la práctica y que incluso “las partes renuentes a arbitrar con frecuencia las utilizaban como táctica dilatoria del procedimiento arbitral rehusándose a cooperar en la etapa de negociación o mediación y luego

haciendo valer ante el tribunal arbitral (durante el procedimiento arbitral) o el juez” (González de Cossío, 2014, pág. 365). Asimismo, el autor González de Cossío (2014) recomendaba la no utilización de las cláusulas escalonadas porque, a su criterio, consideraba que las cláusulas eran contrarias a los intereses de las partes, aunado a que si las partes deseaban someterse a una negociación, mediación o conciliación lo harían sin la necesidad de que una cláusula los obligue a hacerlo como refiere el autor.

Otros autores como Irra de la Cruz & Ibarra Chávez (2015) mencionan que la inclusión de un “La inclusión de un “paso previo” al procedimiento ha sido concebida como una herramienta real de gestión de disputas, que pudiera generar un efecto depurador para que las partes inicien el mecanismo vinculante únicamente respecto de las disputas” (Irra de la Cruz & Ibarra Chávez, 2015), con lo cual se puede aseverar que los procedimientos escalonados son positivos y sirven para eficientizar la resolución de conflictos, utilizando el paso previo para las disputas que sean susceptibles de resolverse mediante una negociación, mediación o conciliación entre las partes y dejando las disputas que tengan una mayor complejidad al sometimiento del arbitraje cuando su estudio y análisis requieren un mecanismo más exhaustivo, especializado y profundo, en el caso de que el paso previo fracase, tal es el caso de la cláusula MED-ARB que prevé la mediación para que las disputas que las partes puedan resolver mediante la mediación se puedan solventar sin llegar a un segundo paso, en tanto que si la mediación no logra tener éxito se pueda resolver el conflicto mediante un arbitraje con su respectivo laudo vinculante.

El procedimiento MED-ARB se considera atractivo para los contratantes y sus abogados por diferentes razones, una de ellas es que las partes que consideren que la mediación no producirá un acuerdo mutuo pueden saber con anticipación que podrán tener los beneficios de la mediación pero que a su vez también tendrán un resultado definitivo y, como las partes también establecen el arbitraje como respaldo, éstas podrán asegurarse que no están demostrando debilidad a sus contrapartes según lo afirma Coltri (2010).

Inclusive, se asevera que las partes que proponen un método escalonado como MED-ARB tienen la creencia de que la presión del arbitraje sobre las partes hace que las mismas se motiven a lograr un acuerdo en la mediación, además de que si se acuerda que el tercero neutral sea la misma persona, mediador y árbitro, es esta persona quien decidirá sobre la disputa, por lo que el fracaso de negociar de buena fe puede verse de manera negativa por el árbitro al emitir el laudo según Coltri (2010)

Es destacable que aunque algunos autores hayan manifestado su inconformidad con la implementación de la cláusula escalonada, otros cambian de opinión, como lo es el caso de González de Cossío (2014), quien no afirma que haya estado equivocado sino que la regulación en mediación y arbitraje lo ha hecho cambiar de opinión pues organismos como la *International Chamber of Commerce* (ICC) han creado reglamentos en mediación y arbitraje que han permitido el desarrollo de los métodos alternos de solución de conflictos (MASC), al tener un doble efecto, primeramente que el carácter de voluntariedad de la mediación y la conciliación se le ha sumado una característica de obligatoriedad, aunado a que la obligación de llevar a cabo una junta con el tercero neutral que coadyuvará a la resolución del conflicto imposibilita que las partes tomen ventaja para no llegar al arbitraje, como el supuesto de que existía una “imposibilidad de verificar si se siguió la negociación o procedimiento de mediación o conciliación en caso de que una de las partes se haya negado a cooperar” (González de Cossío, 2014, pág. 366).

Lo anterior que refiere González de Cossío (2014) hace alusión las modificaciones que la ICC hizo a sus reglamentos y cláusulas, entre los cuáles podemos encontrar la “Cláusula D: Obligación de someter la controversia al Reglamento de Mediación de la ICC, seguida de arbitraje, si se precisa” (International Chamber of Commerce, 2014), donde se establece que las partes pacten la mediación obligatoria seguida de arbitraje, lo cual se traduce en una cláusula escalonada MED-ARB en donde las partes tienen la obligación de acudir a la primer junta mediación, antes de acudir al procedimiento de arbitraje.

Se considera necesario recordar que el procedimiento MED-ARB comienza con la mediación y si las partes no llegan a un acuerdo completo, se prosigue con el arbitraje, procedimiento del cual las partes tienen dos importantes razones para someterse a este mecanismo a través de la cláusula MED-ARB y son las ventajas de la mediación y la certeza de la sentencia o laudo, en vez de que el arbitraje sea el incentivo para que las partes logren llegar al acuerdo según Coltri (2010). Dicho autor no se equivoca pero deja de considerar un efecto importante del procedimiento MED-ARB, por un lado la mediación previa otorga ventajas de un mecanismo flexible y voluntario, el arbitraje como beneficio incluye el dictado de un laudo con carácter vinculante para las partes pero, por otro lado, no hay que dejar de considerar la sola presencia y previsión del arbitraje en la cláusula MED-ARB incita a que las partes deseen establecer en la mediación un acuerdo mutuo antes de recurrir al arbitraje, donde un tercero neutral emitirá un fallo vinculante determinando consecuencias que las partes deberán cumplir, lo cual influye en una predisposición y motivación para lograr un acuerdo de buena fe en la mediación que las partes contratantes estén dispuestas a cumplir.

Ahora bien, a pesar de que las partes tengan diversos beneficios al establecer y ejecutar una cláusula MED-ARB, no hay que dejar de lado que dichas cláusulas pueden generar obstáculos al momento de ejecutar de manera eficiente el procedimiento MED-ARB como menciona Irra de la Cruz & Ibarra Chávez (2015), si bien las cláusulas permiten establecer una forma de solucionar las disputas relativas o producidas por el contrato comercial, también pueden generar efectos negativos como la dilatación del procedimiento al evitar iniciar el arbitraje o solicitar la nulidad del laudo emitido por no haberse cumplimentado las etapas previas al arbitraje como mencionan los autores referidos.

Las cláusulas MED-ARB, así como las cláusulas compromisorias o arbitrales, y las cláusulas de mediación o pactos de mediación pueden utilizarse como mecanismo de dilatación y retraso de procedimientos MASC a la hora de ejecutarlas e implementarlas, lo cual no es una cuestión limitada que se suscita solamente en las cláusulas escalonadas, pero dichos efectos y

consecuencias pueden evitarse con la redacción clara y precisa de las cláusulas MASC, haciendo especial mención que las cláusulas escalonadas requerirán un mayor detalle y especificidad al momento de formularse puesto que se habla de un mecanismo compuesto, donde se llevarán a cabo no sólo uno, sino dos o más MASC para la resolución del conflicto.

Como se observó en este capítulo, los MASC se han desarrollado y evolucionado de manera diferente en cada país, tanto en los referidos como en los demás países que no se incluyeron en líneas anteriores. En el caso de México, a pesar de que se han promovido los MASC en gran medida y se cuentan con numerosos centros de mediación, instituciones de arbitraje y centros MASC, hace falta una legislación que regule los MASC en lo general puesto que a pesar de que la mayoría de los Estados de la República Mexicana cuentan con leyes MASC, existe una carencia de un ordenamiento que a nivel Federal lo regule y delimite. Actualmente sólo existen proyectos de iniciativas de leyes MASC, como la “Ley de General de Justicia Cívica e Itinerante” y la “Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias”, sin embargo, dichos proyectos se han quedado como tal, en proyectos pendientes de aprobación, por lo que solamente se cuenta con la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal vigente, siendo este aspecto un área de oportunidad para el Derecho Mexicano, el cual podría tomar como ejemplo a las legislaciones españolas cuyos ordenamientos Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles regulan los MASC en materias civiles y mercantiles.

En lo que respecta a la introducción e inclusión de las cláusulas escalonadas existen opiniones a favor y en contra. Las opiniones positivas se enfocan en los beneficios y logro del objeto de la cláusula escalonada, que es resolver un conflicto a través de una serie de métodos alternos, (por ejemplo mediación-arbitraje) con todas las ventajas que involucran como es el gozar de dos procedimientos diversos y tener dos oportunidades procesales de lograr acuerdos. En cambio, las opiniones negativas se basan en el entorpecimiento y dilatación de la solución del conflicto puesto que los MASC en escalones pueden utilizarse para retrasar y obstaculizar las

negociaciones y acuerdos. Si bien existen desventajas considerables en la utilización de cláusulas escalonadas, existen medidas que ayudan a minimizar los riesgos, una de ellas es utilizar las cláusulas modelo previstas por autoridades nominadoras, como la ICC mencionada en líneas anteriores, así como una detallada y precisa redacción de las cláusulas implementadas.

CAPÍTULO 3: INVERSIÓN Y SITUACIÓN ECONÓMICA DE LOS MASC Y LA CLÁUSULA MED-ARB EN EL SECTOR COMERCIAL

3.1 Impacto económico de la implementación de métodos MASC y y los métodos MASC escalonados.

Los métodos alternos de solución de controversias pueden tener el carácter de gratuitos u onerosos, siendo los primeros aquellos que se llevan a cabo ante instituciones pertenecientes al Estado sin costo alguno requerido, y los segundos son los mecanismos que requieren del pago de costos y tasas administrativas, además de honorarios de terceros neutrales como mediadores, conciliadores o árbitros de acuerdo con lo que afirma Vásquez del Mercado Cordero (2009).

De la misma manera la mediación puede ser gratuita u onerosa, en tanto que el arbitraje se caracteriza por su onerosidad, específicamente el arbitraje privado, en razón de que consiste en una forma de justicia onerosa donde generalmente los jueces privados, como lo son los árbitros, perciben honorarios en remuneración de la ejecución de su misión según Nougéin y otros 2004). Cuando se habla de mediación y arbitraje privados, se advierte que éstos tienen un costo puesto que los terceros neutrales prestan un servicio profesional que implica una retribución a los mismos.

Un claro ejemplo de las diferencias entre MASC gratuitos y MASC onerosos es el caso de los MASC en México, donde la conciliación así como el arbitraje que se celebran en la Procuraduría Federal del Consumidor, al igual que la mediación que se celebra en el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal son gratuitos, en tanto que el arbitraje del Centro de Arbitraje de México es oneroso, puesto que por la sola “llamada Tasa Administrativa, conforme al Artículo 37 de las Reglas que lo rigen, así como el arancel para al cálculo de los gastos de arbitraje, los interesados tienen que cubrir cada uno la cantidad de

\$16,000.00” (Vásquez del Mercado Cordero, 2009, pág. 323), además de que debe sumarse el costo por concepto de honorarios, los gastos de los árbitros antes mencionados, y demás gastos que implica un arbitraje.

En lo concerniente a los MASC gratuitos, en México la Procuraduría Federal del Consumidor prevé un procedimiento de conciliación entre el consumidor y el proveedor de conformidad con el artículo 111 de la Ley Federal de Protección al Consumidor. Además de lo anterior, es menester mencionar que cada Entidad Federativa tiene su propia legislación respecto a la regulación de MASC, en el caso de Nuevo León, existe el Centro Estatal de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos, el cual es un órgano dependiente del Consejo de la Judicatura Estatal y que, según el artículo 3 del Reglamento del Centro Estatal de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos en el Estado de Nuevo León, “presta servicios de métodos alternos para la solución de conflictos, de manera gratuita” (Reglamento del Centro Estatal de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos en el Estado de Nuevo León, 2005).

Resulta necesario destacar que en las legislaciones mexicanas no se establece que la mediación tenga un costo particular cuando se habla de mediación privada, es facultad de los propios centros de mediación privada establecer los costos y gastos que las partes deberán cubrir si recurren a la prestación de servicios de carácter privado, en virtud de que la mediación judicial prevista por las leyes mexicanas es gratuita y depende de centros adjuntos o adscritos al Consejo de la Judicatura de cada estado del país mexicano.

En el caso del arbitraje privado y, por consiguiente, oneroso, el pago de costas incluye el pago de los honorarios de tribunales arbitrales, que a su vez implica gastos de viaje de árbitros, costos de asesorías periciales u asistencias requeridas por el tribunal, gastos de testigos como gastos por concepto de viajes, los gastos a cubrir por representación legal de la contraparte cuando el laudo lo ordena, en el caso de que éstos se hayan demandado en el arbitraje, aunado a los gastos y honorarios de la autoridad reguladora del procedimiento según menciona González de Cossío (2007).

Los gastos y costos del arbitraje que deben ser cubiertos por las partes son mayores a los previstos por una mediación puesto que un arbitraje incluyen “los honorarios del tribunal arbitral, así como por los necesarios para el desarrollo del arbitraje, tales como: desahogo de pruebas, audiencias, peritos, servicios estenográficos, traducciones, viáticos, entre otros” (Rivera Blanca, 2014, pág. 161), aunado a las cuotas administrativas que las autoridades nominadoras cobran por regular el procedimiento.

Es relevante señalar que estos gastos y costos, denominados costas del arbitraje, son “gastos necesarios para iniciar, tramitar y concluir el arbitraje” (Sáenz Viesca, 2014, pág. 133), los cuales de no ser cubiertos no permitiría la conclusión válida del arbitraje de acuerdo con el autor citado. En el caso de los Estados Unidos Mexicanos (EUM), de acuerdo con el artículo 1416, fracción IV del Código de Comercio de México, el concepto de costas comprende honorarios del tribunal arbitral, gastos de viajes de los árbitros, costo de la asesoría pericial asistencias requeridas por el tribunal arbitral, gastos de viajes de los testigos, con la autorización del tribunal arbitral, costo de representación y asistencia legal de la parte que el laudo favoreció, y así como los honorarios y gastos de la institución que designó los árbitros, según comenta Sáenz Viesca (2014).

Ahora bien, para determinados autores, es el tribunal arbitral quien en el laudo final establece “las costas del arbitraje, en las cuales están incluidos dichos gastos, debiendo el mismo tribunal precisar si esto deber ser cubierto por una o ambas partes y en este último caso la proporción en que deben hacerlo” (Rivera Blanca, 2014, pág. 161), en tanto que diversos autores como González de Cossío (2007), quien menciona que hay una práctica variada en lo que respecta al pago de gastos legales, en donde no existe un reglamento en materia de arbitraje que imponga u obligue a la parte perdedora a pagar los gastos legales de la parte vencedora, por lo cual en arbitraje se regula el tema de manera abierta dotando a los árbitros de discreción, y no obligación, de determinar si se deben resarcir los gastos legales y en que medida, es decir que

el tribunal arbitral tiene la última palabra para establecer mediante el laudo si los gastos de representación deben pagarse por la parte que perdió el procedimiento y las razones para ello.

Cabe destacar que si se trata de un convenio o acuerdo en el que las partes deciden la normativa que regulará el arbitraje, al ser dotado éste de voluntariedad, son las mismas partes quiénes tienen libertad de decidir los gastos que se considerarán como costas, qué parte los cubrirá y el porcentaje que cubrirá cada una de ellas, aunque también las partes tienen la libertad de someterse a reglamentos de arbitraje específicos que establezcan las disposiciones de gastos arbitrales como comenta Sáñez Viesca (2014), lo mismo opina González de Cossío (2007) respecto a las reglas principales respecto a los costos del arbitraje que establece el Código de Comercio en los Estados Unidos Mexicanos (EUM) puesto que las partes gozan de libertad para regular los costos, sea mediante pacto expreso de las partes o al señalar el reglamento arbitral al que se someterán las disputas; el establecimiento de una metodología de determinación de los gastos del arbitraje, en donde el tribunal considerará la razonabilidad de los gastos al estudiar el monto del conflicto, la complejidad del asunto o materia, y el tiempo que los árbitros invirtieron en el procedimiento; las reglas de distribución de los costos entre contratantes; y la potestad del tribunal arbitral de pedir a las partes que dejen depósito por anticipado para resarcir los gastos del arbitraje.

En la práctica resulta poco frecuente que los tribunales arbitrales dejen el resarcimiento de todos a una sola parte contratante puesto que uno de los efectos de derecho de las cláusulas arbitrales es que las partes contratantes tengan la obligación de pagar los gastos y fomentar el acuerdo y solución de conflicto de buena fe, conforme lo establece González de Cossío (2014), incentivando a las partes a arbitrar *bonna fide*. De acuerdo con la doctrina, los árbitros y tribunales arbitrales equilibran la distribución de gastos partiendo de una división de 50/50, y si existen circunstancias que consideren que pueden tildar el equilibrio, se moverá la balanza y el porcentaje hacia uno de los lados, “entre más circunstancias existan para distanciarse de

la distribución original (50/50), más tildada estará la balanza” (González de Cossío, Arbitraje, 2014, pág. 722)

Para Nougéin y otros (2004) el carácter oneroso del arbitraje en ocasiones representa un costo excesivo, señalando que ciertos honorarios de árbitros poder ser elevados, o incluso muy elevados, y en todos los casos son raramente simbólicos, pero las responsabilidades son pesadas y tanto la experiencia como la competencia tienen un costo. Se puede incluso admitir que a veces se cometen abusos en el arbitraje pero en la mayoría de los casos el sentimiento de exceso no viene del monto intrínseco de los honorarios percibidos, sino que provienen de una distorsión entre los intereses en juego y el costo del arbitraje según Nougéin y otros (2004).

La doctrina nos da supuestos, en donde si el litigio versa sobre decenas de millones de euros, los honorarios sobrepasan de cien mil euros para los tres árbitros del tribunal, en tanto que si la disputa versa sobre decenas de miles de euros, no se puede imaginar que tres árbitros dediquen horas de estudiar para resolver un conflicto por algunos cientos de euros, siendo esto una de las razones por las cuales diversos centros de arbitraje institucional prevén, en sus reglamentos, procedimientos específicos poco costosos para los litigios de menor valor de acuerdo con Nougéin y otros (2004). No es raro que los conflictos versen sobre decenas de millones de euros o de dólares puesto que en el sector comercial las empresas manejan contratos de millones de dólares para sus relaciones comerciales, sus proyectos u obras de construcción, prueba de ello es que se asevera que las partes que buscan el arbitraje institucional para resolver casos grandes y complejos, como lo es la *American Arbitration Association*, que en el 2011, 46% de los arbitrajes en materia energética iniciados en dicha institución involucraban demandas de \$1,000,000 dólares o más, siendo que el tamaño del caso promedio estimaba \$5,000,000 dólares en el año 2011, en tanto la demanda más grande versaba sobre \$360,000,000 dólares según la *American Arbitration Association* (s.f.).

La *American Arbitration Association* (s.f.) señala que las disputas del sector energético pueden ser muy costosas, además de consumir muchos recursos económicos de la compañía puesto que versa sobre transacciones largas, complejas y que involucran a múltiples partes, por tanto, ofrece servicios ADR o MASC en los sectores energéticos de petróleo, gas natural, industria eléctrica y energías renovables, alternativas y sustentables.

Aunado a los costos del arbitraje, se puede advertir que los gastos se pueden incrementar conforme el desarrollo del procedimiento, puesto que por la forma de ser del arbitraje, las “etapas en donde mayores probabilidades hay para que el dispendio de recursos, son: (i) la etapa previa a todo arbitraje, (ii) el inicio de procedimiento; y, (iii) el procedimiento.” (Flores Patiño, 2014, pág. 9). Ante el incremento de gastos arbitrales, comisiones e instituciones reguladoras de arbitraje, así como doctrinarios han realizado propuestas para eficientizar los arbitrajes como menciona Flores Patiño (2014).

En el documento emitido por el Grupo de Trabajo sobre la Reducción de Tiempo y Costos del Arbitraje, grupo formado por la Comisión de Arbitraje de la CCI, se proponen técnicas para ejercer un control y regulación de la duración y costo de arbitrajes según Flores Rueda & J. McCadden (2007), quienes de acuerdo a las estadísticas de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, de los laudos finales dictados en el año 2003 y el año 2004, afirmaron que en los arbitrajes CCI, los costos de las partes para la presentación de su caso consisten en un 82% para gastos de representación legal de abogados, gastos de probanzas testimoniales y periciales y gastos de las partes, en tanto que el 16% consta de honorarios y gastos de árbitros, y el 2% final versa sobre los gastos de administración del arbitraje.

Flores Patiño (2014) señala que se considera que los procedimientos largos, son por consecuencia más costosos, sin embargo, aclara que no porque el procedimiento MASC se lleve a cabo en un menor tiempo significa que costará menos su materialización. El citado autor esclarece que la reducción de costos está relacionada con la eficacia del procedimiento que se obtendrá con un acuerdo de arbitraje y un procedimiento organizado, es decir, que si el

acuerdo arbitral es debidamente redactado y adecuado, y las partes tienen una buena organización de la mediación o del arbitraje, el procedimiento será eficiente.

Las técnicas que se proponen para disminuir no sólo gastos, sino también tiempo invertido, incluyen especificaciones respecto al acuerdo de arbitraje, procurando tener cláusulas simples que evitarán incertidumbres y ambigüedad respecto a su significado y efectos, con las cuales se “minimizarán el riesgo de discusiones en relación a su contenido, como por ejemplo la competencia del tribunal o el proceso de designación de árbitros que vienen a aumentar los retrasos y los costos.” (Flores Rueda & J. McCadden, 2007, pág. 69).

Los autores Flores Rueda & J. McCadden (2007) sugieren que las partes utilicen cláusulas modelo, como las cláusulas ADR de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), previniendo a las partes que las modificaciones que realicen a la cláusula modelo puede ocasionar consecuencias no deseadas, recomendando también prever en frases separadas el lugar para llevar a cabo el arbitraje, el idioma del mismo y el derecho que regirá el contrato celebrado. Otra especificación prevista es que se contemple la implementación de la cláusula modelo de arbitraje de la CCI, donde dicha institución o las partes contratantes prevean la participación de uno o varios árbitros, en lugar de que las partes establezcan expresamente que se designarán uno o tres árbitros cuando la propia naturaleza de una disputa en particular no requiera la participación de un tribunal arbitral de 3 árbitros según mencionan Flores Rueda & J. McCadden (2007).

Inclusive especificar expresamente la especialidad y características que los árbitros deben cumplir minimiza la oferta de árbitros a disposición de las partes y puede ocasionar que los tiempos estimados del arbitraje se alarguen para la sola formación del tribunal arbitral conforme mencionan Flores Rueda & J. McCadden (2007). Aunado a estas recomendaciones, los autores mencionan otras más enfocadas al desarrollo del procedimiento, sin embargo, hay que hacer notar que las estipulaciones y disposiciones que las partes acuerden en las cláusulas ADR o las cláusulas MASC son de vital importancia y relevancia porque en el establecimiento

del procedimiento a seguir se encuentran los costos, gastos e inversiones que deberán solventar las partes para llevar a cabo el mecanismo alternativo de solución de controversias elegido.

Ahora bien, resulta más indispensable el establecer de manera clara el procedimiento, el idioma, el lugar de arbitraje, la ley aplicable al contrato, así como la designación de terceros neutrales cuando se trata de cláusulas escalonadas como las cláusulas MED-ARB puesto que no solamente se habla de una sola mediación o de un solo arbitraje, sino que se trata de una mediación seguida de un procedimiento arbitral que requiere de disposiciones más claras y precisas en cuanto al tiempo que se llevará cada procedimiento, las autoridades que lo administrarán y el reglamento al que se sujetará cada procedimiento cuando se trata de un procedimiento MASC institucional, pero si las cláusulas versan sobre procedimientos MASC ad-hoc, las cláusulas deberán ser redactadas meticulosamente para evitar dilatar procedimientos, favoreciendo la economía procesal y los costos de los procedimientos MASC que las partes deberán de cubrir, mismos que dependerán del monto del contrato y el o los procedimientos seleccionados por las partes para resolver las futuras disputas que surjan de dicho contrato.

3.2 Inversión económica de implementación de mediación y arbitraje privados por los particulares: gastos y costas de arbitraje y mediación privados.

Cuando se habla tanto de mediaciones como de arbitrajes institucionales o administrados, cada autoridad nominadora o institución determina su propia forma de cuantificar gastos y costas, en tanto que en los arbitrajes ad hoc no hay reglas específicas contrario a que en un arbitraje institucional son las mismas autoridades nominadoras quienes realizan la tabulación del costo de administración del arbitraje según menciona Rivera Blanca (2014). Como ejemplos se encuentran de instituciones que fijan sus propios gastos y costas, se encuentran la *International Chamber of Commerce* o Cámara de Comercio Internacional (CCI), la *American Arbitration Association* o Asociación Americana de Arbitraje (AAA), la *London Court of International Arbitration* o Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), el Centro de

Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO), el Centro de Arbitraje de México (CAM), la Corte Española de Arbitraje y la Asociación Europea de Arbitraje, quienes a través de “sus reglamentos fijan los costos mediante aranceles, tomando en cuenta el monto de la controversia, considerándose también los casos en que no se pueda determinar la cuantía del litigio o ésta se hubiere modificado por alguna circunstancia” (Rivera Blanca, 2014, pág. 161). A continuación se hará una breve descripción sobre la inversión económica que implica implementar un procedimiento escalonado, como es el caso de la cláusula de mediación-arbitraje en algunas de las autoridades nominadoras antes mencionadas.

3.4.1 *International Chamber of Commerce* o Cámara de Comercio Internacional (ICC o CCI)

La *International Chamber of Commerce ICC* en su Reglamento de Mediación ICC, en vigor desde el 1 de enero de 2014, establece en el artículo 6 las cuestiones relativas a los honorarios y costos del procedimiento, así como la forma en que se deben cumplimentar y las consecuencias de no cubrir la tasa de registro al iniciar la mediación, en tanto que en el Apéndice- Honorarios y costos de dicho reglamento se menciona que la tasa de registro por iniciar un mecanismo de mediación administrado por la *International Chamber of Commerce (ICC)* deberá ser de \$2,000 dólares estadounidenses, misma que deberá de acompañarse con la solicitud inicial según menciona el artículo 1 del Apéndice en mención de la *International Chamber of Commerce ICC* (2014).

El artículo 2 del Apéndice establece los gastos de administración que cobra la autoridad nominadora por administrar la mediación, estableciendo rangos de aplicación para cada monto de la controversia que se trate. Considerando la escala de gastos administrativos y honorarios de mediadores conforme al referido dispositivo legal del Reglamento de Mediación ICC, si se toma como ejemplo una controversia de 9,000,000 pesos mexicanos o de 450,000 dólares estadounidenses si se considera que el dólar tiene un valor de 20 pesos mexicanos, y una disputa de 6,000,000,000 pesos mexicanos, que en conversión a la moneda

estadounidense sería de 300,000,000 dólares estadounidenses, las cuotas y honorarios para la mediación serían:

Monto de controversia	Rango de monto aplicable	Cuota administrativa
9,000,000 (US 450,000)	(US 200.001 y 2.000.000)	US 10,000
6,000,000,000 (US 300,000,000)	cuantía superior a US 100.000.000	US 30,000

TABLA 1.3 Montos de cuotas y honorarios determinados por el Apéndice, artículo 2 del Reglamento de Mediación de la *Internacional Chamber of Commerce ICC*. Obtenido de la página de internet oficial de la *International Chamber of Commerce* (2014).

Para el cálculo de los honorarios del mediador, al momento de nombrar y confirmar al mediador, además de consultar con él y con las partes, el Centro fijará una tarifa horaria para determinar sus honorarios, tarifa que deberá ser razonable y de acuerdo con la controversia y demás aspectos que su complejidad impliquen, según el artículo 3 del Apéndice del Reglamento de Mediación ICC, sin embargo, dicho artículo aclara a su vez que el Centro también puede fijar una tarifa fija única para la totalidad de la mediación si las partes y el tercero neutral así lo establecen.

En el caso de llegar a un arbitraje, para la *International Chamber of Commerce (ICC)*, la normativa *Arbitration Rules* o el Reglamento de Arbitraje ICC del 2012, modificado en el año 2017, menciona en sus artículos 37 y 38 la forma de cubrir los costos de arbitraje y como se definen dichos costos, en tanto que en los tres artículos del Apéndice III se establecen los costos y honorarios del arbitraje esclareciendo el anticipo de pagos, los costos, la calidad de autoridad nominadora de la ICC y la escala de gastos administrativos y honorarios, siendo importante señalar los costos de arbitrajes ICC incluyen los honorarios y gastos de árbitros, los costos administrativos fijados por la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC en relación a las escalas de costos obligatorias, así como los honorarios y gastos de expertos señalados por los tribunales arbitrales, y los costos legales en que incurran las partes según menciona el portal oficial de la *International Chamber of Commerce ICC* (2017).

En lo que respecta a los honorarios de los árbitros, éstos son gestionados por la Corte y se determinan conforme a la escala relevante del Apéndice III del Reglamento de Arbitraje ICC considerando la eficiencia y diligencia del árbitro, el tiempo invertido, la rapidez del procedimiento y la complejidad de la disputa, siendo importante mencionar que dependiendo del monto de la disputa o controversia, la escala proveyó de un mínimo y un máximo de honorarios para un árbitro, en el entendido que dicha cuantificación se multiplicaría por el número de árbitros que pertenezcan al tribunal arbitral, en el caso de que se deba designar uno para la solución del conflicto de conformidad con la *International Chamber of Commerce ICC* (2017).

De acuerdo a la escala de gastos administrativos y honorarios de árbitros del artículo 3 del Apéndice III del Reglamento de Arbitraje ICC, si se estima una controversia de 9,000,000 pesos mexicanos o de 450,000 dólares estadounidenses, y una disputa de 6,000,000,000 pesos mexicanos o de 300,000,000 dólares estadounidenses como ya se mencionó en líneas anteriores, se aplicarían las siguientes cuotas y honorarios:

Monto de controversia	Rango de monto aplicable	Cuota administrativa	Honorarios de árbitro	
			Mínimo	Máximo
9,000,000 (US 450,000)	200,001 a 500,000	8,485+2.25% del mínimo superior a 200,000	5,756+1.3670% del mínimo superior a 200,000	23,479+6.8370% del mínimo superior a 200,000
6,000,000,000 (US 300,000,000)	80,000,001 a 500,000,000	98,515 + 0.0123% del del mínimo superior a 80,000,000		
	100,000,001 a 500,000,000		77,867+0.0110% del mínimo superior a 100,000,000	351,300+0.0580% del mínimo superior a 100,000,000

TABLA 1.4 Montos de cuotas y honorarios determinados por el Apéndice III, artículo 3 del Reglamento de Arbitraje de la *Internacional Chamber of Commerce ICC*. Obtenido de la página de internet oficial de la *International Chamber of Commerce* (2017).

Considerando que el monto del conflicto antes calculado de 9,000,000 pesos mexicanos, es de 450,000 dólares estadounidenses, éste se encuentra en el rango de monto de litigio de los 200,001 pesos y 500,000 dólares, por tanto, la cuota administrativa será de 8,485 dólares más el 2.25% del mínimo superior a 200,000 dólares, además de que los honorarios de un árbitro serían de 5,756 dólares más el 1.3670% del mínimo superior a 200,000 pesos según el referido Reglamento de Arbitraje ICC de la *International Chamber of Commerce ICC* (2017) y el Apéndice III de la citada norma que contiene la escala de aranceles aplicables al cálculo de los gastos del arbitraje. Por tanto, con una disputa con monto de 450,000 dólares estadounidenses, la cuota administrativa sería de 12,985 dólares, puesto que primero se obtiene el excedente del límite inferior $450,000 - 200,000 = 250,000$ dólares, luego se obtiene el porcentaje del excedente $250,000 \times 0.0225 = 5,625$ dólares, después se suma la cuota de 8,485 más el porcentaje de excedente $8,485 + 5,625 = 14,110$ dólares estadounidenses, resultado que constituye la cuota administrativa. Para los honorarios de un árbitro, se establece un mínimo y un máximo de los mismos, los cuales dependerán de la diligencia del árbitro, el tiempo que el árbitro invierte en el estudio del asunto, la rapidez del procedimiento y la complejidad de la disputa, pero para efectos de esta cuantificación se calculará con el mínimo en el supuesto de que el arbitraje no es costoso, complejo o largo, así como tampoco se trata de un arbitraje abreviado. Para calcular el mínimo de honorarios del árbitro, primeramente se suma la cuota de 5,756 dólares más el 1.3670% del mínimo superior a 200,000 dólares, entonces si el excedente era de 250,000 dólares, el porcentaje será de $250,000 \times 0.013670 = 3,417.5$ dólares, por consiguiente, el mínimo de honorarios sería de $5,756 + 3,417.5 = 9,173.5$ dólares estadounidenses. En suma, con la cuota administrativa del arbitraje de 14,110 dólares y los honorarios de 1 árbitro de 9,174 dólares (cifra redondeada al número superior siguiente) se obtiene una cifra de 23,284 dólares, a lo cual habría que sumar cuotas y gastos de árbitros, tal y como se puede observar del calculador de la *International Chamber of Commerce ICC* (2017) que señala que para una controversia de \$450,000 dólares estadounidenses, en donde el procedimiento es de carácter ordinario y con un solo árbitro, se contempla una cantidad estimada para cuotas

administrativas y gastos arbitrales de \$38,983 dólares estadounidenses, cuestión que se desglosa en la siguiente figura.

Amount in dispute US\$ 450000	
Procedure	<input checked="" type="radio"/> Ordinary <input type="radio"/> Expedited
Number of arbitrators	<input checked="" type="radio"/> 1 <input type="radio"/> 3
<input type="button" value="Calculate"/>	

Requested estimation	
Amount in dispute	450000
Number of arbitrators	1
Year (scale)	2017
Fees per arbitrator	
Min	\$9174
Avg	\$24873
Max	\$40572
Advance on costs (without arbitrator expenses)	
Average fees multiplied by number of arbitrators	\$24873
Administrative expenses	\$14110
Total	\$38983

FIGURA 1.2 Calculador de montos de cuotas y honorarios para arbitraje de la *Internacional Chamber of Commerce ICC*. Obtenido de la página de internet oficial de la *International Chamber of Commerce ICC* (2017).

Si bien no parece una suma excesiva, si se compara con la cuantía de la controversia se obtiene que el costo del arbitraje consiste en el 8.6628% de la totalidad del monto del conflicto, sin embargo, es importante mencionar que el cálculo realizado fue con el rango menor de montos de controversias y con el mínimo de honorarios para un árbitro, en el supuesto de que la controversia era sencilla y de solución rápida. No hay que olvidar que se deben incluir gastos de viaje, alimentación, alojamiento, entre otros para los árbitros y expertos designados si fuera el caso, aunado a que si la controversia es de mayor complejidad y se señala un tribunal arbitral para la solución de la misma, la cantidad a pagar por el arbitraje será definitivamente mayor, así como la inversión de gastos para someter la controversia al procedimiento arbitral.

Ahora bien, en el supuesto de que la disputa fuera de 6,000,000,000 de pesos mexicanos, o de 300,000,000 dólares estadounidenses, conforme al Reglamento de Arbitraje de la ICC, la cuota administrativa se calcularía teniendo 98,515 más 0.000123% del mínimo superior a 80,000,000 y siendo que el excedente es de $300,000,000 - 80,000,000 = 220,000,000$ dólares y si se multiplica por el porcentaje sería $220,000,000 \times 0.000123 = 27,060$, por lo tanto, la cuota administrativa sería de $98,515 + 27,060 = 125,575$ dólares estadounidenses. En el supuesto de que solamente se necesitara de un árbitro y se pagara el monto mayor de honorarios por el mismo en una controversia de 300,000,000 dólares estadounidenses, se calcularía con el rango de monto aplicable de 100,000,001 a 500,000,000, por tanto, el excedente es de $300,000,000 - 100,000,000 = 200,000,000$ dólares y, siendo que el 0.0110% del mínimo superior a 200,000,000 dólares será de $200,000,000 \times 0.000110 = 22,000$, en consecuencia, el mínimo de honorarios para 1 solo árbitro sería la suma de la cuota de $77,867 + 22,000 = 99,867$ dólares estadounidenses.

En resumen, la cuota administrativa más los honorarios de un árbitro serían $125,575 + 99,867 = 225,442$ dólares estadounidenses, a lo cual faltaría agregar las cuotas y gastos no previstos de los árbitros, así como la Corte tendría que dirimir el monto de honorarios si se tratara de un tribunal arbitral y qué tan compleja es la controversia, entre otras cosas. Si se toma en cuenta el calculador de la *International Chamber of Commerce ICC* (2017) que establece que para una controversia de \$300,000,000 dólares estadounidenses, con un procedimiento de carácter ordinario y asumiendo que se designará un solo árbitro, se contempla una cantidad estimada para cuotas administrativas y gastos arbitrales de \$ 409,159 dólares estadounidenses, que consiste en el 0.1363% de la totalidad de la controversia, cantidad que se desglosa en la siguiente figura obtenida del portal oficial de la referida autoridad nominadora.

Amount in dispute US\$ 300000000	
Procedure	<input checked="" type="radio"/> Ordinary <input type="radio"/> Expedited
Number of arbitrators	<input checked="" type="radio"/> 1 <input type="radio"/> 3
<input type="button" value="Calculate"/>	

Requested estimation	
Amount in dispute	300000000
Number of arbitrators	1
Year (scale)	2017
Fees per arbitrator	
Min	\$99867
Avg	\$283584
Max	\$467300
Advance on costs (without arbitrator expenses)	
Average fees multiplied by number of arbitrators	\$283584
Administrative expenses	\$125575
Total	\$409159

FIGURA 1.3 Calculador de montos de cuotas y honorarios para arbitraje de la *Internacional Chamber of Commerce ICC*. Obtenido de la página de internet oficial de la *International Chamber of Commerce ICC* (2017).

Es relevante mencionar que de conformidad con el artículo 4 del Reglamento de Mediación ICC del 2014, si la mediación fue precedida por una solicitud de arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje ICC, la tasa inicial de registro del arbitraje deberá ser abonada a la cuota administrativa de la mediación si el importe de la cuota administrativa arbitral es superior a \$7,500 dólares estadounidenses, lo cual es el caso del presente supuesto, por consiguiente habría que valorar el monto de cada controversia para confirmar si la tasa de registro arbitral puede o no ser abonada a la cuota administrativa de mediación. Cabe destacar que con la modificación en el año 2017 del Reglamento de Arbitraje ICC del 2012 se realizan diversos cambios a los arbitrajes administrados por la *Intenational Chamber of Commerce ICC*. Dicho Reglamento, que está vigente desde el 1 de marzo de 2017, prevé la administración de

un arbitraje abreviado, el cual consiste en un procedimiento simplificado y con aranceles de honorarios reducidos, siempre y cuando la controversia sea inferior a los 2 millones de dólares estadounidenses y que las partes no lo excluyan en los acuerdos de arbitraje según la *International Chamber of Commerce ICC* e inclusive las partes pueden acordar la realización de un arbitraje abreviado cuando la controversia supere la cantidad antes referida según la página oficial de la *International Chamber of Commerce ICC* (2017).

3.4.2 American Arbitration Association o Asociación Americana de Arbitraje (AAA). International Centre for Dispute Resolution o Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR)

Es relevante mencionar que la *American Arbitration Association (AAA)* o Asociación Americana de Arbitraje tiene 2 reglamentos importantes en cuanto a la resolución de disputas comerciales, por un lado tiene el denominado *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures* modificado y en vigor desde el 1 de octubre de 2013, en tanto que su *Fee Schedule* fue modificada y entró en vigor el 1 de julio de 2016 según consta en el portal oficial de la *American Arbitration Association* (2016) y, por otro lado, se tiene el reglamento de *International Dispute Resolution Procedures* modificado y en vigor desde el 1 de junio de 2014, siendo que su *Fee Schedule* fue modificada y se encuentra en vigor desde el 1 de julio de 2016 según el portal oficial de la *American Arbitration Association*.

En lo concerniente a la mediación comercial, la *American Arbitration Association (2016)* establece en los dispositivos *M-15 Deposits* y *M-16 Expenses* del reglamento denominado *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*, la manera de realizar depósitos y pagos de la mediación, así como la distribución equitativa de los gastos entre las partes, salvo pacto en contrario por las partes involucradas.

Para determinar el costo de una mediación ante la Asociación Americana de Arbitraje, la referida *Administrative Fee Schedule* señala que para iniciar una mediación se solicita a las

partes al inicio un depósito de \$250 dólares estadounidenses, en tanto que la cuota administrativa de mediación será de \$75 dólares por cada hora que el mediador cobre siendo necesario señalar que hay un cobro mínimo de 4 horas o medio día por una conferencia de mediación según la citada *Administrative Fee Schedule* de la Asociación Americana de Arbitraje (2016). Cabe señalar que cada mediación es diferente dependiendo del tipo de conflicto, el desarrollo y duración del mecanismo, por lo que valdría la pena analizar cada caso en específico y agregar el cobro de honorarios del mediador que se establece la oficina regional de la autoridad nominadora. La Asociación Americana de Arbitraje (2016) establece en el *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures* que para iniciar y presentar una demanda o una contrademanda, las partes deben cubrir cuotas administrativas que cubren los servicios administrativos de la autoridad nominadora, más no cubren los honorarios del árbitro ni del mediador. Inclusive se establece en el referido reglamento que si la demanda o contrademanda excede los \$75,000 dólares estadounidenses, las partes deberán mediar la disputa antes del arbitraje o en cualquier tiempo mientras el arbitraje no se haya resuelto conforme a la Asociación Americana de Arbitraje (2016). Así también el dispositivo *R-54 Expenses*, del reglamento en mención señala que los gastos de los testigos deberán ser cubiertos por a parte que los ofreció, siendo que los gastos del arbitraje, como los gastos de viaje, demás gastos del árbitro, de los representantes de la Asociación Americana de Arbitraje, o de los testigos y proebas solicitadas por el árbitro, correrán por cuenta de ambas partes, quienes pagarán los gastos de manera equitativa, salvo pacto en contrario o que el árbitro ordene otra disposición en el laudo.

Para la cuestión de honorarios, el numeral *R-55 Neutral Arbitrator's Compensation* refiere que los árbitros deberán ser compensados con tarifas consistentes a las tarifas de compensación de los terceros neutrales y en caso de desacuerdo, una tarifa apropiada para el árbitro será establecida por la Asociación Americana de Arbitraje y confirmada por las partes, en tanto que, en el caso de modificaciones a las compensaciones de árbitros, dichas modificaciones se harán a través de la Asociación y no de manera directa entre las partes y el árbitro según el

reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje (2016), por otro lado, la disposición *E-10 Arbitrator’s Compensation* establece que la compensación de los árbitros será sugerida por la oficina regional de la Asociación. De la misma manera, el reglamento establece de manera clara el concepto y forma de realizar depósitos y pagos, así como las consecuencias de incumplimiento de pagos y sanciones.

Para el caso del arbitraje ante esta autoridad nominadora, el costo se determina de acuerdo la *Administrative Fee Schedule*, que es un programa que establece las cuotas o tarifas administrativas, misma que establece dos tipos de cuotas o tarifas administrativas, una tarifa estándar y una tarifa flexible, siendo que la tarifa estándar establece la programación de dos pagos, un pago mayor por iniciar el arbitraje y un pago menor para los casos que proceden hasta una audiencia, en tanto que la tarifa flexible determina el cobro de tres pagos, el primero siendo el menor para iniciar el arbitraje, el segundo y tercero para continuar el procedimiento según lo establece la propia *American Arbitration Association* (2016).

Ahora bien, de acuerdo con la *Administrative Fee Schedule* de la *American Arbitration Association* (2016) y considerando que un dólar es igual a \$20 pesos, el costo administrativo de un arbitraje de montos de \$9,000,000 pesos mexicanos o \$450,000 dólares estadounidenses y 6,000,000,000 pesos mexicanos o 300,000,000 dólares estadounidenses sería como a continuación se desglosa:

Monto de controversia	Rango de monto aplicable	Tarifa estándar		Tarifa flexible		
		Tarifa inicial	Tarifa final	Tarifa inicial	Tarifa de procedimiento	Tarifa final
9,000,000 (US 450,000)	300,000 a 500,000	4,000	3,500	2,000	3,000	3,500
6,000,000,000 (US 300,000,000)	10,000,000	10,000 más .01% del monto de la	12,500	5,000	9,000 más .01% del monto de la	12,500

		demanda por encima de \$10,000,000 hasta \$65,000			demanda por encima de \$10,000 hasta \$65,000	
--	--	--	--	--	--	--

TABLA 1.5 Montos de cuotas y honorarios determinados por la *Administrative Fee Schedule* de la *American Arbitration Association AAA*. Obtenido de la página de internet oficial de la *American Arbitration Association* (2016).

Existen también tarifas adicionales, como el 10% de la tarifa inicial, mismas que se pueden cobrar al demandante si éste es representado por su abogado pero los demandados son representados por diferentes abogados, o si uno de los demandados se representa a sí mismo y el otro demandado es representado por un abogado, e incluso si el arbitraje continúa, la autoridad nominadora puede cobrar el 10% de las tarifas subsecuentes al demandante, tal y como lo establece la *Administrative Fee Schedule* de la *American Arbitration Association* (2016). Es necesario señalar también que la autoridad nominadora puede llegar a cobrar tarifas por servicios administrativos adicionales que preste, así como por el arrendamiento de oficinas para audiencias y los asuntos que se mantengan suspendidos por mutuo consentimiento de las partes por más de un año según el portal oficial de la citada autoridad.

Si se tiene una disputa de \$9,000,000 pesos mexicanos o de \$450,000 dólares estadounidenses, con una tarifa administrativa estándar, se tendría que cubrir un pago inicial de \$4,000 dólares y un pago final de \$3,500 dólares estadounidenses más los honorarios del o los árbitros que resuelvan, en tanto que, con el mismo monto de la disputa de \$450,000 y una tarifa administrativa flexible, se tendría que cubrir un pago inicial de \$2,000 dólares, un pago de procedimiento de \$3,000 dólares y un pago final de \$3,500 dólares estadounidenses, aunado a los honorarios del tercero neutral que resuelva como ya se mencionó antes. En consecuencia, se tendría que para una disputa de \$450,000 dólares estadounidenses, se pagaría una tarifa administrativa de \$7,500 dólares o bien, con una tarifa flexible, se pagaría \$8,500 dólares estadounidenses más gastos de honorarios dependiendo del tiempo que tarde

el neutral en resolver y las tarifas estipuladas por las oficinas regionales de la Asociación Americana de Arbitraje.

En el caso de una controversia de \$6,000,000,000 pesos mexicanos o de \$300,000,000 dólares estadounidenses, con el referido tipo de cambio, y aplicando una tarifa administrativa estándar como la tabla 1.5 antes descrita, se obtiene que se realizaría un pago inicial de \$10,000 dólares, más el 0.01% del monto de la demanda por encima de \$10,000,000, además de un pago final de \$12,500. Primeramente, se tendría que obtener el 0.01% de la diferencia del monto demandado de \$300,000,000 y \$10,000,000, es decir, a la cantidad de \$300,000,000 se le resta \$10,000,000, con lo cual se obtiene \$290,000,000, cantidad de la cual se obtiene el 0.01%, por tanto, se multiplica $290,000,000 \times 0.0001 = 29,000$. Obtenido el porcentaje, se realiza la suma de la cuota y el porcentaje obtenido para quedar en un pago inicial de $29,000 + 10,000 = 39,000$ dólares estadounidenses y si se adiciona el pago final, se obtendría una cuota administrativa estándar de $39,000 + 12,500 = 51,500$ dólares estadounidenses que tendrían que cubrir las partes.

Si se trata de obtener la tarifa administrativa flexible, se tendría que sumar el pago inicial, el pago del procedimiento y el pago final, siendo éstos de \$5,000, \$9,000 más el 0.01% del monto de la demanda por encima de \$10,000,000, y \$12,500 respectivamente según la tabla 1.5 antes plasmada. Para conocer el monto del pago de procedimiento se resta la cantidad de la controversia de \$300,000,000 menos \$10,000,000, dando como resultado \$290,000,000, del cual se obtiene el 0.01%, en consecuencia, al realizar la operación $290,000,000 \times 0.0001 = 29,000$, se consigue el porcentaje que será sumado con la cuota de \$9,000 para quedar $9,000 + 29,000 = 38,000$ dólares estadounidenses como pago del procedimiento. Teniendo ya el pago inicial y el segundo pago, se suman éstos más el pago final, siendo $5,000 + 38,000 + 12,500 = 55,500$ dólares estadounidenses que se tendrían que cubrir como tarifa administrativa flexible para llevar a cabo un arbitraje que resuelva un conflicto de \$300,000,000 dólares.

Es necesario señalar que la *American Arbitration Association* (AAA) o Asociación Americana de Arbitraje cuenta también con el reglamento de *International Dispute Resolution Procedures* modificado que, como ya se dijo, entró en vigor desde el 1 de junio de 2014, y su *Fee Schedule* correspondiente se modificó y entró en vigor el 1 de julio de 2016. Dicho reglamento establece que el *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) es la división de carácter internacional de la *American Arbitration Association*, el cual se encarga de proveer servicios de resolución de controversias alrededor del mundo según lo establece el portal oficial de la autoridad nominadora.

Para el caso de la mediación internacional ante el *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR), el reglamento correspondiente establece en sus dispositivos 15 y 16 la forma de los depósitos y pago de gastos que las partes contratantes en disputa deben cubrir, gastos que deben pagar de manera equitativa salvo pacto en contrario, estipulando que los gastos de los participantes ofrecidos por una de las partes deberán ser cubiertos por esta misma parte contratante como lo establece la *American Arbitration Association* (2014).

Al igual que la mediación comercial, la mediación internacional también requiere de un depósito de \$250 dólares estadounidenses para comenzar este mecanismo alterno, en razón de que se debe pagar una cuota administrativa de \$75 dólares por cada hora que el mediador cobre, resaltado que también en este tipo de mediación hay un cobro mínimo de 4 horas o medio día por una conferencia de mediación según la citada *Administrative Fee Schedule* de la *American Arbitration Association* (2016). Es necesario analizar cada caso de mediación puesto que no todos son iguales, por consiguiente, el desempeño y estudio del mediador tampoco lo será, siendo pertinente analizar la duración y cobro de la tarifa administrativa horaria y los honorarios del mediador que se determinarán por la oficina regional de la autoridad nominadora.

De manera similar al arbitraje comercial de la asociación, los casos de arbitraje internacional pueden cuantificarse a través de la *Administration Fee Schedule* respectiva, misma que, como

ya se mencionó con antelación, establece dos formas de pago de tarifas, ya sea mediante la determinación de tarifas estándar o tarifas flexibles, las cuales ya fueron explicadas en líneas anteriores y para no incurrir en innecesarias repeticiones, se omitirá su explicación de nueva cuenta.

De acuerdo con la *Administrative Fee Schedule* de la *American Arbitration Association* (2016) y teniendo en consideración que se cuenta con controversias de montos de \$9,000,000 pesos mexicanos o \$450,000 dólares estadounidenses y \$6,000,000,000 pesos mexicanos o \$300,000,000 dólares estadounidenses, la tarifa administrativa sería desglosada de la siguiente manera:

		Tarifa estándar		Tarifa flexible		
Monto de controversia	Rango de monto aplicable	Tarifa inicial	Tarifa final	Tarifa inicial	Tarifa de procedimiento	Tarifa final
9,000,000 (US 450,000)	300,000 a 500,000	4,600	4,025	2,300	3,450	4,025
6,000,000,000 (US 300,000,000)	10,000,000	12,650 más .015% del monto de la demanda por encima de \$10,000,000 hasta \$100,000	16,100	6,900	11,500 más .015% del monto de la demanda por encima de \$10,000 hasta \$100,000	16,100

TABLA 1.6 Montos de cuotas y honorarios determinados por la *Administrative Fee Schedule* de la *American Arbitration Association* AAA. Obtenido de la página de internet oficial de la *American Arbitration Association* (2016).

También se consideran las tarifas adicionales del 10% de la tarifa inicial, las cuales pueden cobrarse al demandante si éste es representado por su abogado pero los demandados son representados por abogados diversos o bien, si uno de los demandados se representa a sí

mismo y el otro es representado por un abogado, siendo loable destacar que la autoridad nominadora puede cobrar también el 10% de las tarifas subsecuentes al demandante, conforme a la *Administrative Fee Schedule* de la *American Arbitration Association* (2016). De la misma manera, la autoridad nominadora cobra tarifas de servicios administrativos adicionales, sea incluso por el arrendamiento de oficinas para audiencias o porque las disputas permanezcan suspendidas por mutuo consentimiento de las partes por más de un año según la *American Arbitration Association* (2016).

En arbitraje internacional, los artículos 34, 35 y 36 del reglamento denominado *Internacional Dispute Resolution Procedures* establece que el laudo arbitral determinará los costos del arbitraje, la forma de determinar la tarifa de honorarios de los árbitros y la manera de realizar los depósitos según la *American Arbitration Association* (2014). Si se consideran disputas de cantidades ya analizadas anteriormente, es decir, si se tiene una controversia de \$9,000,000 pesos mexicanos o de \$450,000 dólares estadounidenses, con una tarifa administrativa estándar, se tendría que cubrir un pago inicial y un pago final, siendo $12,600 + 4,025 = 8,625$ dólares estadounidenses, contrario a la tarifa flexible que exige la realización de tres pagos, uno inicial, uno en el procedimiento y uno final, siendo esto $\$2,300 + 3,450 + 4,025 = 9,775$ dólares estadounidenses, cantidades a las cuales habría que sumarles los honorarios de los árbitros respectivos que se determinan por el tiempo de estudio invertido en la disputa y por las tarifas preestablecidas por la oficina regional de la asociación.

Por último, en el supuesto de un conflicto de \$6,000,000,000 pesos mexicanos o de \$300,000,000 dólares estadounidenses, aplicando una tarifa administrativa estándar como la mencionada en la tabla 1.6, se deberá realizar un pago inicial de \$12,650 dólares, más el 0.015% del monto de la demanda por encima de \$10,000,000, más el pago final de \$16,100. Para lo anterior, se tiene que el 0.015% de la diferencia del monto demandado de \$300,000,000 y \$10,000,000, es $290,000,000 \times 0.00015 = 43,500$ dólares. Ahora bien, si se suma $12,650 + 43,500 + 16,100 = 72,250$ dólares estadounidenses, cantidad final que consistiría en la

cuota administrativa estándar a liquidar. En el caso de una tarifa o cuota administrativa flexible, ésta se obtiene de sumar el pago inicial de \$6,900 dólares, el pago del procedimiento de \$11,500 del monto de la demanda por encima de \$10,000,000 y el pago final de 16,100 dólares. Si bien el pago de procedimiento es el 0.015% de la diferencia del monto demandado de \$300,000,000 y \$10,000,000, es $290,000,000 \times 0.00015 = 43,500$ dólares, entonces la suma de los tres pagos sería $6,900 + 43,500 + 16,100 = 66,500$ dólares estadounidenses. Como ya se ha mencionado en reiteradas ocasiones, resultaría indispensable consultar con la oficina regional de la autoridad nominadora para conocer la tarifa horaria del árbitro o árbitros que resolverían la controversia.

En el análisis de costos e inversión económica de la *American Arbitration Association* se tiene un método de cobro diverso a la *International Chamber of Commerce*, en donde todo pago está justificado en porcentajes de la controversia, en tanto que la asociación determina tarifas, estándar o flexibles, que establecen de manera concisa el cobro de servicios administrativos, dejando el concepto de honorarios de los árbitros a juicio de las propias autoridades nominadoras, quienes dependiendo de la zona en que se encuentre, dirimirán la tarifa base de los terceros neutrales.

3.4.3 Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO)

El Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO) establece en el Reglamento de Arbitraje de la CANACO los aranceles para el cálculo de las cuotas administrativas y honorarios de los árbitros, los cuales dependerán del monto de la disputa, y determina a través de una tabla los montos mínimos y máximos de la controversia, así como los montos de las cuotas administrativas y los montos mínimos y máximos de los honorarios del árbitro dependiendo de la cuantía del conflicto (véase tabla anexa).

Monto de controversia	Rango de monto aplicable	Cuota administrativa	Honorarios de árbitro	
			Mínimo	Máximo
9,000,000	5,000,001 a 10,000,000	115,929 + 0.54% del excedente del límite inferior	128,700 + 0.60% del excedente del límite inferior	247,000 + 1.50% del excedente del límite inferior
6,000,000,000	500,000,001 o más	655,203+0.030% del excedente del límite inferior	667,500+0.0326% del excedente del límite inferior	1,668,750+0.0816% del excedente del límite inferior

TABLA 1.7 Montos de cuotas y honorarios determinados por el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO). Obtenido de la página de internet oficial del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México (s.f.)

Si el monto del conflicto se encuentra entre los 5,000,001 y 10,000,000 pesos mexicanos, la cuota administrativa será de 115,929 pesos más el 0.54% del excedente del límite inferior de 5,000,000 pesos, además de que los honorarios de un árbitro tendrían un mínimo de 128,700 pesos más el 0.60% del excedente del límite inferior de 5,000,000 pesos y un máximo de 247,000 pesos más el 1.50% del excedente del límite inferior de 5,000,000 pesos según el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México.

Entonces si se tuviera una disputa cuyo monto es de 9,000,000 pesos mexicanos, la cuota administrativa sería de 21,580 pesos, puesto que primero se obtiene el excedente del límite inferior $9,000,000 - 5,000,000 = 4,000,000$ pesos mexicanos, luego se obtiene el porcentaje del excedente $4,000,000 \times 0.0054 = 21,600$ pesos mexicanos, después se suma la cuota de 18,000 pesos mexicanos más el porcentaje de excedente $115,929 + 21,600 = 137,529$ pesos mexicanos, resultado que constituye la cuota administrativa. Para los honorarios de un árbitro se establece un mínimo y un máximo de los mismos, los cuales dependerán de la complejidad y duración del arbitraje, pero en este caso se calculará con el mínimo en el supuesto de que el arbitraje no es tan costoso, complejo ni largo. Para obtener el mínimo de honorarios del árbitro, primeramente se suma la cuota de 128,700 pesos más el 0.60% del excedente del límite inferior de 5,000,000 pesos, entonces si el excedente era de 4,000,000 pesos, el porcentaje

será de $4,000,000 \times 0.0060 = 24,000$ pesos, por tanto, el mínimo de honorarios sería de $128,700 + 24,000 = 152,700$ pesos mexicanos. Finalmente, con la cuota administrativa del arbitraje y los honorarios del árbitro, se tendría que pagar una cantidad de 290,229 pesos mexicanos por llevar a cabo el arbitraje, si bien no parece una suma excesiva, si se compara con la cuantía de la controversia se obtiene que el pago de cuotas administrativas y honorarios representa en 3.22% de la totalidad del monto, sin embargo, es necesario señalar que en ese supuesto se realizó el cálculo con el rango menor de montos de controversias y con el mínimo de honorarios para un solo árbitro suponiendo que el arbitraje es rápido y sencillo, en tanto que hay diversas controversias más cuantiosas, con un mayor grado de complejidad y con un procedimiento extenuante para un tribunal arbitral, lo cual conlleva a mayores gastos para las partes contratantes en conflicto.

En el caso de que la disputa fuera de 6,000,000,000 de pesos mexicanos, conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México la cuota administrativa se calcularía teniendo 655,203 más 0.030% del excedente del límite inferior de 500,000,000 y siendo que el excedente es de $6,000,000,000 - 500,000,000 = 5,500,000,000$ pesos y si se multiplica por el porcentaje sería $5,500,000,000 \times 0.00030 = 1,650,000$ pesos, por tanto, la cuota administrativa sería $655,203 + 1,650,000 = 2,305,203$ pesos mexicanos. En el caso de que se ocupara un solo árbitro y se pagara el monto menor de honorarios por el mismo, este sería de 667,500 pesos más 0.0326% del excedente del límite inferior de 500,000,000. Si el excedente es de 5,500,000,000, el porcentaje del mismo será de $5,500,000,000 \times 0.000326 = 1,793,000$, y sumando la cuota prevista, los honorarios del árbitro serían de $667,500 + 1,793,000 = 2,460,500$ pesos mexicanos, por tanto, la cuota administrativa de 2,305,203 pesos mexicanos más los honorarios de un árbitro de 2,460,500 pesos mexicanos dan como resultado una cantidad a pagar de 4,765,703 pesos mexicanos. Ahora bien, si se tratara de un tribunal arbitral, los honorarios serían $2,460,500 \times 3 = 7,381,500$ pesos mexicanos, por consiguiente, la cuota administrativa de 2,305,203 pesos mexicanos más los honorarios de tres árbitros de 7,381,500 pesos, dan como cantidad a pagar 9,686,703 pesos mexicanos,

considerando que se debe pagar a tres árbitros por dirimir la controversia compleja y larga. Con lo anterior, vale la pena hacer mención de que la cifra resultante implica solamente en el caso donde un solo árbitro dirimirá la disputa, sin embargo, la cifra puede aumentarse de manera discrecional si el caso será resuelto por un tribunal arbitral, es decir, por tres árbitros, siendo que la determinación del monto, sea mínimo o máximo, dependerá de qué tan complejo y largo sea el procedimiento arbitral según se menciona en el propio Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México.

En el caso de la mediación, no se determina de manera específica por el Reglamento de Mediación de la CANACO cuáles serán las costas a pagar. En el artículo 17 de dicho reglamento se establece que por costas se incluyen los honorarios del mediador, los gastos de viaje y expensas del mediador, los gastos de viaje y expensas de los testigos, el costo de asesoramiento pericial si el mediador lo solicita y el costo de la asistencia de la Comisión de Mediación y arbitraje Comercial de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México respecto al nombramiento de mediadores y respecto a los servicios administrativos para las partes y el mediador. Sin embargo, en los artículos 17 y 18 del citado reglamento no se establece un tabulador de costas, sino que solamente se señala que se exigirá un anticipo a las partes después de que la Comisión designa al mediador, así como en el transcurso del procedimiento se le puede exigir a las partes anticipos de las costas, para que al terminar la mediación se exija la liquidación de las mismas.

3.4.4 Centro de Arbitraje de México (CAM)

En el caso del Centro de Arbitraje de México (CAM), en sus Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (2009) además de establecer el procedimiento de arbitraje administrado por dicha autoridad nominadora también se establecen, en los artículos 37 y 38 del citado reglamento, las reglas para el pago de anticipos de tasas administrativas, así como la forma del depósito de gastos del arbitraje. En el Apéndice II del referido reglamento del CAM se establecen los gastos del arbitraje de conformidad con el Arancel para el cálculo de los gastos

de arbitraje, el cual determina los rangos de cuantía de las controversias, así como la tasa administrativa y los honorarios del árbitro, los cuáles son similares (véase tabla 1.8).

Monto de controversia	Rango de monto aplicable	Cuota administrativa	Honorarios de árbitro
9,000,000	5,000,001 a 10,000,000	84,000+1.20% del excedente del límite sobre 5,000,000	154,200+1.80% del excedente del límite sobre 5,000,000
6,000,000,000	1,000,000,000 o más	914,000	1,399,200+0.03% del excedente del límite sobre 1,000,000,000

TABLA 1.8 Montos de cuotas y honorarios determinados por las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (2009). Obtenido de la página de internet oficial del Centro de Arbitraje de México (s.f.)

Teniendo en consideración el mismo monto del conflicto anteriormente calculado de 9,000,000 pesos mexicanos, éste se encuentra en el rango de monto de litigio de los 5,000,001 pesos y 10,000,000 pesos, la cuota administrativa será de 84,000 pesos más el 1.20% del excedente del límite inferior de 5,000,000 pesos, además de que los honorarios de un árbitro serían de 154,200 pesos más el 1.80% del excedente del límite inferior de 5,000,000 pesos según las Reglas de Arbitraje del CAM (2009) y el Arancel para el cálculo de los gastos del arbitraje (s.f.). Por tanto, con una disputa con monto de 9,000,000 pesos, la cuota administrativa sería de 132,000 pesos mexicanos, puesto que primero se obtiene el excedente del límite inferior $9,000,000 - 5,000,000 = 4,000,000$ pesos, luego se obtiene el porcentaje del excedente $4,000,000 \times 0.0120 = 48,000$ pesos, después se suma la cuota de 84,000 más el porcentaje de excedente $84,000 + 48,000 = 132,000$ pesos mexicanos, resultado que constituye la cuota administrativa. En cuanto a los honorarios de un árbitro no se establece un mínimo y un máximo como en el caso del Centro de Mediación y Arbitraje de la CANACO, sino que estos honorarios se calcularán con una cuota fija sumando la cuota de 154,200 pesos más el 1.80% del excedente del límite inferior, entonces si el excedente era de 4,000,000 pesos, el porcentaje será $4,000,000 \times 0.0180 = 72,000$, por tanto, los honorarios sería de

$154,200 + 72,000 = 226,200$ pesos mexicanos. En conclusión, con la suma de la cuota administrativa del arbitraje y los honorarios del árbitro $132,000 + 226,200 = 358,200$, se tendría que pagar una cantidad de 358,200 pesos mexicanos por llevar a cabo el arbitraje, igualmente no es una suma grande comparándola con la cuantía de la controversia puesto que representa en 3.98% de la totalidad del monto. Ahora bien, habría que adicionarle a los honorarios del arbitraje del CAM el monto cuando se trata de un procedimiento con tribunal arbitral puesto que los honorarios se tendrían que triplicar, y sumarle el valor agregado del impuesto del IVA que no se incluye en la cuantificación como menciona el portal oficial del CAM.

En el supuesto de que la controversia fuera de un monto de 6,000,000,000 de pesos mexicanos, de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México la tasa administrativa sería de \$914,000, con lo cual se puede destacar que al ser una cantidad considerablemente mayor, por ser el máximo estipulado por la autoridad nominadora, ya no se prevé el cálculo de una tarifa o tasa administrativa sino que dicha tarifa es fija. Para los honorarios del árbitro, como ya se mencionó, no se establece un mínimo ni un máximo, sino que se establece una cuota fija, la cual se calcula con 1,399,200 pesos más 0.03% del excedente del límite inferior de 1,000,000,000 pesos. Calculando el excedente $6,000,000,000 - 1,000,000,000 = 5,000,000,000$, el porcentaje del mismo será de $5,000,000,000 \times 0.0003 = 1,500,000$ pesos, y sumando la cuota prevista, los honorarios del árbitro serían de $1,399,200 + 1,500,000 = 2,899,200$ pesos. Entonces si se suma la tasa administrativa de 914,000 pesos más los 2,899,200 pesos de honorarios del árbitro, se tendría un procedimiento arbitral de 3,813,200 pesos mexicanos, a lo cual se le debe de agregar el impuesto al valor agregado (IVA) por no contemplarse en el cálculo. Al igual que en caso del Centro de Mediación y Arbitraje de la CANACO, si se tratara de un tribunal arbitral, los honorarios serían $3,813,200 \times 3 = 11,439,600$ pesos mexicanos considerando que se debe pagar a tres árbitros por resolver la disputa, por tanto, en el caso de un arbitraje con tribunal arbitral, la tasa administrativa de 914,000 pesos más los 11,439,600 pesos de honorarios por tres árbitros darían como cuota a pagar 12,353,600 pesos mexicanos.

Aunado a lo anterior, se puede observar que, tanto en el caso del Centro de Arbitraje de México y el Centro de Mediación y Arbitraje de la CANACO, aunque son parecidas las formas de cuantificar cuotas administrativas y honorarios para las costas de arbitraje, difiere cada institución en cuanto los porcentajes que cobrarán por arbitraje. Es loable mencionar también que ambos centros de MASC se regulan por reglas mexicanas de arbitraje, por tanto, sus disposiciones pueden coincidir de manera relativa pero habría que observar cuál es la forma de cuantificación de costas que tienen diversas autoridades nominadoras o instituciones de MASC como la Cámara de Comercio Internacional, aunado a qué determinaciones específicas agregan al cobro de tasas administrativas y honorarios en materia de arbitraje.

Expuesto lo anterior, es relevante y destacable señalar el verdadero costo e inversión económica que implica un método alternativo de solución de conflictos por sí solo, como el arbitraje, el cual debe estar delimitado en la cláusula compromisoria señalando el procedimiento a implementar, el idioma, lugar y la ley aplicable al arbitraje, la forma de nombrar a los terceros neutrales. Costo económico que puede variar entre una y otra autoridad nominadora pero que al final constituyen una carga económica sustancial para la parte que está acudiendo al mecanismo alternativo correspondiente. Es evidente que en el supuesto de tener una disputa de millones de dólares del sector energético, la inversión económica que tengan que hacer las partes para solucionar su conflicto de manera privada resulte exorbitante si se compara el monto de la disputa con los lineamientos y tabuladores señalados en apartados anteriores.

Sin embargo, teniendo una cláusula híbrida o escalonada, en donde se prevean dos o más métodos alternos de solución de conflictos se puede reducir el costo e inversión económica que las partes deben aportar en la solución del conflicto, al no tener que ir solo y directamente a un mecanismo alternativo específico, sino más bien optar por un método alternativo autocompositivo, como la mediación, para resolver el conflicto en primera instancia. Sin duda alguna, la cláusula escalonada deberá contar con delimitaciones en tiempo y forma de cada

uno de los escalones que la conforman, además de una serie de lineamientos determinados para lograr una interpretación objetiva y su respectiva aplicación, pero si las partes constituyen un acuerdo claro, conciso y específico, pueden disminuir en gran medida el gasto a invertir en la solución de disputas, es decir, que si las partes prevén un mecanismo como la mediación previo al arbitraje, podrán prevenir los gastos de la segunda etapa o escalón, siendo esto un gasto menor para las partes en conflicto.

Como se puede concluir, no es lo mismo resolver un conflicto cuantioso en una institución de mediación como en un centro o corte de arbitraje, hay inversión económica de por medio que deben aportar las partes. En el sector energético tanto los particulares como la administración pública serían beneficiados por la implementación de métodos escalonados permitiendo no sólo la disminución del impacto económico en la solución de un gran número de disputas inminentes sino también que éstas puedan ser resueltas por mecanismos no adversariales resguardando la relación contractual a largo plazo, dejando que solamente los conflictos complejos y que requieran de más medios y herramientas para resolverse lleguen hasta arbitraje.

CAPÍTULO 4: CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LAS CLÁUSULAS MODELO, ORGANISMOS Y AUTORIDADES NOMINADORAS QUE LAS REGULAN

4.1 Aceptación del término cláusula modelo, sus elementos y aspectos relevantes.

4.1.1 El acuerdo arbitral y la cláusula arbitral

La base del todo arbitraje es el acuerdo arbitral de acuerdo con Abascal Zamora (2014), quien asevera que dicho acuerdo obliga y somete a los contratantes al arbitraje, y a que los tribunales ordenen el cumplimiento del laudo arbitral. Es precisamente el acuerdo de arbitraje el que “crea la imposibilidad jurídica de recurrir a los tribunales estatales” (Abascal Zamora, 2014, pág. 7), siendo éstos a quienes les corresponde la ejecución forzosa del acuerdo.

En materia de arbitraje, el acuerdo arbitral se define como el “contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje” (González de Cossío, 2014, pág. 181). Dicho acuerdo arbitral está determinado y delimitado por su propio texto, puesto que si el texto es restrictivo, su rango de acción será limitado, sin embargo, si el texto es más amplio, el rango de acción será mayor según refiere González de Cossío (2014), es decir, que el alcance del acuerdo arbitral dependerá del texto del mismo que especifique qué asuntos serán susceptibles de resolverse por arbitraje.

Es necesario señalar que el acuerdo arbitral abarca dos especies, según González de Cossío (2014), la cláusula arbitral inserta en los contratos y el compromiso independiente, siendo la cláusula arbitral la disposición inmersa en el contrato que establece que los conflictos a resolver se someterán al arbitraje, en tanto que el compromiso independiente es el acuerdo formulado por cuerda separada en donde las partes se comprometen a resolver los conflictos que estimen al arbitraje. Reitera lo anterior Cruz Miramontes y Cruz Barney (2004), quienes señalan que el acuerdo o cláusula arbitral consta del compromiso de hallar la solución de

conflictos provenientes de un contrato, incluyéndose como una cláusula o como un anexo del contrato principal.

Los elementos relevantes del acuerdo arbitral son el consentimiento de los contratantes que se puede determinar con la disposición de que los mismos se sometan al mecanismo alterno, que los conflictos resulten de una relación contractual, además de la arbitrabilidad de las controversias según Abascal Zamora (2014), siendo que las omisiones de dicho acuerdo se resolverán aplicando supletoriamente el Código de Comercio en el caso del arbitraje nacional México. En el caso de otros países, se aplican las legislaciones vigentes en materia de arbitraje de cada Estado cuando se trata de un arbitraje nacional, siendo que si los arbitrajes son institucionales, se aplicarán los reglamentos de métodos alternos de solución de conflictos (MASC) que cada institución prevea.

4.1.2 La cláusula de mediación

En el caso de la mediación, “la cláusula de mediación es equiparable a la cláusula compromisoria del procedimiento arbitral” (Urquidi, 1999, pág. 98), misma que es recomendable que se incluya en los contratos con el solo propósito de que las partes involucradas encaucen el conflicto al procedimiento de mediación o, en su defecto, del arbitraje según Urquidi (1999).

La cláusula de mediación también es denominada como el pacto de mediar, el cual se define como el compromiso de las partes de someter sus disputas presentes o futuras a la mediación, mismo que debe ser expresado por escrito según mencionan Munné Catarina & Vidal Teixidó (2013), quienes establecen que la mediación se deberá tratar de realizar de buena fe, previo a que las partes acudan ante la jurisdicción de tribunales estatales o diversos métodos, siendo imprescindible que el pacto de mediación cumpla con los requisitos formales de estar por escrito y expresar la voluntad de las partes de acudir a la mediación. Cabe mencionar que la

voluntad de las partes no puede estar influenciada por los vicios del consentimiento como reiteran los autores mencionados.

El pacto de mediación es un contrato dentro de un contrato diverso como mencionan Munné Catarina & Vidal Teixidó (2013), que señalan que el citado pacto manifiesta la autorregulación de las partes de su propia solución del conflicto, adaptada a sus intereses y con la asesoría del mediador, quien vendrá a coadyuvar solamente al acuerdo que las partes alcanzarán de manera conjunta.

La mediación se fundamenta, al igual que otros MASC, en la voluntad de las partes desde su inicio hasta su finalización de acuerdo con Munné Catarina & Vidal Teixidó (2013), quienes mencionan que al someterse las partes voluntariamente, se someten en el “diseño y la continuación del procedimiento al poder abandonarlo en cualquier momento de forma unilateral” (Munné Catarina & Vidal Teixidó, 2013, págs. 14-15), mismas que regulan la solución que se adapte mejor a sus intereses y necesidades a través de un acuerdo de mediación si las partes llegan al mismo.

El pacto de mediación incluye la designación del mediador o de la institución de mediación, además de extender el contenido del pacto a cuestiones accesorias, como es el caso del lugar e idioma del mecanismo alternativo, el procedimiento de mediación, el número de sesiones, los costes y su distribución según mencionan Munné Catarina & Vidal Teixidó (2013).

4.1.3 Las cláusulas patológicas y las cláusulas modelo

Ahora bien, las cláusulas, sean compromisorias, arbitrales o de mediación, pueden ser patológicas, es decir, estar mal redactadas o ser defectuosas según menciona Abascal Zamora (2014). Las cláusulas patológicas son las que “por defecto en la redacción, por insuficiencia del contenido o por errores en la determinación de sus elementos, resultan ineficaces para establecer el procedimiento de arbitraje correctamente y sin conflicto (Vásquez Palma)” (Gorjón Gómez & Sánchez García, 2016, pág. 75), acepción que puede aplicarse a cualquier

tipo de cláusula o pacto compromisorio. Dichas cláusulas patológicas son las que ocasionan problemas y riesgos en el arbitraje, riesgos que no solamente pueden ser en materia de arbitraje sino también en la mediación o en cualquier método alternativo de solución de conflictos que se establezca en la cláusula MASC. Una cláusula patológica se presenta cuando las declaraciones de las partes resultan ambiguas o contradictorias que provocan que la cláusula pierda efectividad en discusiones que obstruyan o dilaten el procedimiento, en sí, se trata de una disconformidad en la voluntad de las partes que ocasiona que no se pueda cumplir con el objetivo y principales funciones “de producir efectos jurídicos vinculantes entre las partes, evitar la intervención de la justicia ordinaria en la resolución de la controversia, revestir a los árbitro de poder jurisdiccional, y adoptar y realizar un procedimiento expedito para resolver la disputa” (Arévalo Reyes, 2012, pág. 52).

Estas cláusulas patológicas pueden “pueden generar problemas independientes del fondo de la controversia, dando lugar a costosos contratiempos” (Flores Rueda, 2014, pág. 90), lo cual puede frustrar expectativas y resultados de las partes, como lo es el hecho de que el conflicto no se resuelva de manera ágil. La doctrina da como ejemplo de cláusulas patológicas algunas cláusulas escalonadas, las cuales prevén negociación, conciliación y arbitraje, y que establecen requisitos de los árbitros “límites de tiempo poco razonables (para iniciar el arbitraje, para llevar a cabo determinadas actuaciones, para dictar y notificar el laudo), reglas de procedimiento (redactadas especialmente para el caso, referencia a leyes del procedimiento civil) y otras invenciones similares” (Abascal Zamora, 2014, pág. 6). Es por lo anterior, que los doctrinarios y autores mencionan que la “redacción del acuerdo arbitral es una tarea delicada” (Cruz Miramontes & Cruz Barney, 2004, pág. 38) pues no solamente se debe estampar el compromiso de arbitrar sino prevenir las reglas del procedimiento al que se someterá el arbitraje, así como las leyes que se aplicarán al fondo según mencionan los citados autores.

La solución que diversos organismos e instituciones reguladoras de MASC han dado al problema de la implementación de cláusulas patológicas o defectuosas es el establecimiento

de cláusulas predeterminadas que se apliquen a los casos en que las partes deseen someterse a los MASC, dichas cláusulas que también son llamadas cláusulas modelo. Las cláusulas modelo “son formularios que las instituciones nacionales e internacionales ofrecen a efecto de que las partes las utilicen al momento de pactar el sometimiento de una o varias controversias derivadas de relaciones contractuales o extracontractuales” (Gorjón Gómez & Sánchez García, 2016, pág. 74), con el efecto de reducir errores o equivocaciones en la adopción del mecanismo alternativo previsto según mencionan los autores. Las cláusulas modelos también se definen como “formatos de cláusulas compromisorias elaboradas comúnmente por instituciones administradoras de arbitraje, establecen un lenguaje general de acudir al arbitraje en caso de disputa e incluyen en forma automática la remisión a un reglamento de procedimiento arbitral.” (Ortega López, 2014, pág. 89). Es importante mencionar que las cláusulas modelo no solamente se limitan a la previsión del arbitraje en las cláusulas compromisorias, sino que también se establecen cláusulas modelo cuando las partes deseen acudir a la mediación, el arbitraje, conciliación, negociación, panel de expertos, entre otros MASC, cuando se presenten conflictos a partir de una relación contractual.

Las cláusulas modelo se implementan cuando las partes que quieran acudir ante un MASC determinado y no quieran redactar su cláusula según menciona Ortega López (2014), quien a su vez menciona que dichas cláusulas son recomendaciones realizadas por expertos. Y a pesar de la creación y existencia de cláusulas modelo preestablecidas, subsisten las cláusulas patológicas de acuerdo con Flores Rueda (2014), por lo cual tanto la doctrina como las instituciones reguladoras de MASC promueven el uso e implementación de cláusulas modelo o de estilo que prevean los conflictos susceptibles de ser resueltos a través de MASC.

Por su parte, Friedland (2007) recomienda que la redacción de cláusulas arbitrales sea a partir de una cláusula modelo o una cláusula estándar, a la cual las partes le pueden agregar información dependiendo del caso que se trate, evitando quitar o cambiar las cláusulas modelo, y es con esas cláusulas modelo que las partes pueden asegurar que sus cláusulas

tendrán el lenguaje necesario para un acuerdo arbitral efectivo y ejecutable. Es precisamente con cláusulas modelo que se puede proveer de seguridad jurídica a las partes contratantes pues se asegura que la disposición sea aplicable, forzosa y no pueda ser anulada.

4.1.4 Las cláusulas híbridas o escalonadas

En lo referente a las cláusulas híbridas o también llamadas escalonadas, una cláusula de este tipo es aquella disposición donde “las partes someten una controversia presente o futura a un sistema mixto de solución de controversias, integrado por uno o varios MASC autocompositivos y agotados éstos, al arbitraje o a los tribunales del Estado, como método heterocompositivo” (Sáenz Viesca, 2014, pág. 87), dichas cláusulas también son denominadas como cláusulas sobrepuestas o cláusulas multinivel según el citado autor.

Reitera González de Cossío (2014) el término de cláusula escalonada pues lo refiere como las cláusulas que prevén más de un método alternativo de solución de controversias, tal es el caso de la cláusula de mediación-arbitraje (MED-ARB), la cual trata de un “procedimiento fusionado, híbrido, escalonado o mixto, el cual trata sobre un tercero neutral o imparcial que facilita la comunicación entre las partes contratantes y si no se logra el convenio de mediación, se da inicio a un procedimiento arbitral” (Gorjón Gómez & Sánchez García, 2016, pág. 74). Se trata de un MASC donde los contratantes se someten primeramente a la mediación y si no logran un acuerdo, proceden a someter la disputa al arbitraje que será finalizado con la emisión de un laudo de acuerdo con Azar Manzur (2014).

Existe una necesidad de agotar la primera instancia para proceder y acudir al otro MASC puesto que se trata de “una determinación contractual y casuista” (González de Cossío, 2014, pág. 102) y depende de lo estipulado por las partes expresamente. Dicha determinación contractual conocida como cláusula escalonada requiere de una redacción específica y clara para que el procedimiento escalonado previsto sea aplicable al caso concreto y no carezca de elementos que conlleven a su nulidad o imposible aplicación, tal y como las cláusulas modelo previstas

los establecen pues son expertos o las instituciones administradoras de MASC las que redactan cláusulas modelo escalonadas que prevén un procedimiento MASC compuesto de dos o más mecanismos alternativos de solución de conflictos.

4.2 Organismos que establecen cláusulas modelo y regulan sus procedimientos en la esfera nacional e internacional.

Diversos autores y doctrinarios establecen como solución a la redacción de cláusulas MASC el optar por copiar cláusulas modelo o preestablecidas, como cuando refieren que “la solución más sencilla y práctica es copiar el modelo de acuerdo que ofrezca la institución arbitral convenida; o el Reglamento de la UNCITRAL, cuando se convenga este último.” (Abascal Zamora, 2014, págs. 6-7), pues como ya se ha probado y experimentado con dichas cláusulas, y aunado a que en las cláusulas modelo se refiere a un reglamento de institución aplicable, el cual ha sido implementado en arbitrajes, maniobras y técnicas obstructivas, así como en impugnaciones, se puede observar la idoneidad de las cláusulas modelo para dar certeza jurídica de que lograrán obtener el objetivo de las partes al pactarlas, que es que se resuelvan las controversias por medio de MASC.

4.2.1 La autoridad nominadora

Las instituciones que se encargan de la regulación de los MASC se les denomina autoridades nominadoras, mismas que son aquellas instituciones arbitrales o cámaras de comercio que designan a uno o más árbitros de conformidad con el acuerdo de las partes según menciona Flores Rueda (2014), dichas autoridades nominadoras también se encargan de resolver las recusaciones promovidas, además de asistir en el establecimiento de honorarios de los árbitros sin la necesidad de que los tribunales judiciales intervengan según la autora.

Entre las autoridades nominadoras se encuentran la CCI, la AAA, la LCIA, el *Chartered Institute of Arbitrators*, la CANACO y la BMA de acuerdo con Flores Rueda (2014), haciendo aclaración que las autoridades nominadoras mencionadas son la Cámara de Comercio Internacional (CCI),

la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO) y la Barra Mexicana de Abogados (BMA).

Una cláusula compromisoria o cláusula de mediación debe contener ciertos aspectos descritos como lo es el sometimiento al MASC respectivo, el reglamento al que se someterá el procedimiento MASC, entre otras cuestiones, sin embargo, una cláusula no puede contener todas las disposiciones legales transcritas literalmente de la norma jurídica pues de ser así, la cláusula sería compleja para las partes según comenta De Castilla del Valle (2004). Por consiguiente, la propia ley arbitral mexicana, es decir, el Código de Comercio Mexicano, en su artículo 1417, señala la remisión a un reglamento institucional que el acuerdo arbitral establezca, presuponiendo la aplicación de un reglamento institucional como los de las autoridades nominadoras del “Centro de Arbitraje de México (CAM) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI) (con sede en París) y la *American Arbitration Association* (AAA) (con sede en Nueva York) en lo internacional, cuentan con reglamentos de arbitraje” (De Castilla del Valle, 2004, pág. 4). En lo que respecta al Centro de Arbitraje de México, dicha autoridad procede en los mismos términos que la Cámara Internacional de Comercio con sede en París, en tanto que la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México sigue la normatividad de la UNCITRAL.

Es menester precisar que por cuestiones del contexto en el que se basa la presente investigación que lo es las cláusulas MED-ARB en los contratos comerciales del Sector Energético Internacional en México y en España, se revisará y estudiará lo relevante a las instituciones o cámaras de comercio que resuelven controversias de mediación y arbitraje comercial a nivel internacional y nacional, como lo son la CCI, la AAA, la LCIA, el CAM, el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, la Corte Española de Arbitraje, la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid y la Asociación Europea de Arbitraje.

4.2.2 *International Chamber of Commerce* o Cámara de Comercio Internacional

En lo que corresponde a la *International Chamber of Commerce* (ICC), o la Cámara de Comercio Internacional (CCI), cuya sede se encuentra en París, Francia, dicha cámara se distingue por su experiencia a través del tiempo, su antigüedad y su seriedad según Cruz Miramontes y Cruz Barney (2004). La ICC fue creada en la primera mitad del siglo XX, con el propósito de tener una organización que represente los intereses de las empresas a nivel mundial, además de promover el comercio internacional a través de sus 13 comisiones integradas por expertos del sector privado que se especializan en diversas áreas de los negocios internacionales como lo son las prácticas bancarias, prácticas de impuestos, leyes de competencia económica, derechos de propiedad intelectual, telecomunicaciones, tecnologías de la información, transportes, sector energético y medio ambiente según su portal oficial *International Chamber of Commerce* (s.f.).

La ICC cuenta con una amplia variedad de servicios de los que miembros y partes contratantes pueden beneficiarse, tal es el caso de que las partes deseen someter sus disputas, futuras o presentes, a un MASC regulado por la ICC, o incluso que deseen optar por las cláusulas o contratos preestablecidos y recomendados por dicha autoridad nominadora. Entre la ofertar de MASC que la ICC regula y administra se encuentra el arbitraje, del cual conoce la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI; la mediación, de la cual conoce el *ICC International Centre for ADR*; los expertos, cuyo servicio es a través del citado *International Centre for ADR*; los *dispute boards*, consistente en el cuerpo de uno o tres miembros ayudan a resolver desacuerdos y conflictos en contratos de mediano y largo plazo comúnmente utilizados en proyectos de infraestructura y construcción, así como en tecnologías de la información y propiedad intelectual, cuya supervisión le corresponde al *International Centre for ADR* según la página oficial *International Chamber of Commerce* (s.f.).

4.2.3 *American Arbitration Association* o Asociación Americana de Arbitraje. *International Centre for Dispute Resolution* o Centro Internacional de Resolución de Disputas

Otra autoridad nominadora es la *American Arbitration Association* (AAA) en conjunto con su respectivo *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) o Centro Internacional de Resolución de Disputas. La AAA es una organización sin fines de lucro con oficinas en los Estados Unidos de América (EUA) y cuya sede se encuentra en Nueva York de acuerdo con Cruz Miramontes & Cruz Barney (2004), la cual cuenta con experiencia en la resolución alternativa de conflictos proveyendo de servicios MASC tanto a individuos como a empresas y organizaciones que desean que sus disputas sean resueltas fuera de las cortes y tribunales según el portal oficial de la *American Arbitration Association* (s.f.). La AAA tiene como función administrar los casos sujetos a MASC de inicio a fin, desde la designación de mediadores y árbitros hasta acordar audiencias y reuniones, además de proveer a los usuarios de la información necesaria para llevar a cabo un MASC, además de la administración de MASC, la AAA provee de servicios como el diseño y desarrollo de sistemas de MASC para corporaciones, empresas, sindicatos, agencias de gobierno, firmas de abogados, y cortes o tribunales, aunado a los servicios de educación, entrenamiento y publicaciones para los que buscan un mayor entendimiento y una profundización en los MASC según la *American Arbitration Association* (s.f.).

El *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) se estableció en 1996 como el componente global de la AAA, centro el cual provee de servicios de MASC a más de 80 países con empleados que se comunican en 14 idiomas diferentes, además de contar con un panel de árbitros y mediadores independientes, acuerdos de cooperación global para acceso de audiencia y procesos flexibles centrados en las partes de acuerdo con el portal oficial de la AAA, donde se asevera también que los servicios administrativos del ICDR incluyen la designación de mediadores y árbitros, establecer las audiencias, y proveer a los usuarios de la

información necesaria sobre las opciones y oferta de MASC, así como el acuerdo a través de la mediación.

El alcance y objeto de los servicios de resolución de disputas de la AAA busca minimizar el impacto de las disputas por medio del arbitraje, la mediación y los acuerdos fuera de las cortes y tribunales en lo concerniente a conflictos en las materias de construcción, consumo, tecnologías, empleo, propiedad intelectual, asistencia médica, servicios financieros y comercio internacional según la *American Arbitration Association* (s.f.). Es relevante resaltar que aunque la AAA sea administradora de procedimientos MASC y tenga su Centro Internacional de Resolución de Disputas en Nueva York, también cuenta con “instalaciones de instituciones de arbitraje con las cuales tenga acuerdos de cooperación” (Cruz Miramontes & Cruz Barney, 2004, pág. 246), tal es el caso de México, pues a finales del año 2005 el *International Center for Dispute Resolution* celebró un convenio de colaboración con la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México para establecer una oficina del ICDR en el país, además de que, si el acuerdo de las partes lo permite, los arbitrajes nacionales se administrarán por la CANACO, en tanto que los arbitrajes internacionales se administrarán por la ICDR siguiendo lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de acuerdo con el Centro de Mediación y Arbitraje de la CANACO (s.f.).

4.2.4 *London Court of International Arbitration* o Corte Internacional de Arbitraje de Londres

Otra autoridad nominadora de carácter internacional es la *London Court of International Arbitration* (LCIA) que es una compañía privada sin fines de lucro que fue establecida a finales del siglo XIX y cuyo nombre fue cambiado hasta 1981, año en el que se estableció que la corte se llamaría *London Court of International Arbitration* según su portal oficial. La LCIA administra procedimientos flexibles, eficientes e imparciales de arbitraje y otros MASC de cualquier ubicación, nacionalidad o sistema legal, cuenta a su vez con árbitros, mediadores y expertos

de diversas jurisdicciones con un amplio rango de expertise, además de que se caracteriza porque todas las partes contratantes tienen acceso a los servicios de la LCIA sin necesidad de ser miembros de la corte de conformidad con la *London Court of International Arbitration* (s.f.).

Entre los servicios de MASC que ofrece la LCIA se encuentran el arbitraje, la mediación y la designación de expertos, así como la recomendación de cláusulas preestablecidas que se sujeten a dichos MASC, en lo que respecta al arbitraje, la LCIA cuenta con su propio reglamento, el cual se adapta a todo tipo de disputas y ofrece una combinación de las características de los sistemas de derecho civil y *common law*, en el caso de la mediación, la LCIA también cuenta con su propio reglamento para regular y administrar las mediaciones de acuerdo con la *London Court of International Arbitration* (s.f.).

4.2.5 Centro de Arbitraje de México (CAM)

En el ámbito nacional se encuentra el Centro de Arbitraje de México (CAM), el cual es una institución que surgió en 1997 y que se especializa en la administración de arbitraje comercial privado en México con “el objetivo de brindar a los empresarios una vía alterna de solución de controversias comerciales a través del arbitraje administrado” (Centro de Arbitraje de México, s.f.) para beneficiar al sector privado, sea nacional o internacional según su página web oficial.

Entre los servicios que ofrece el CAM está el arbitraje, nombramiento o designación de árbitros, nombramiento o designación de peritos, asesoría respecto a las cláusulas arbitrales, así como capacitaciones profesionales en prevención y solución alterna de controversias, siendo loable mencionar que respecto al arbitraje, el CAM cuenta con sus propias Reglas de Arbitraje, reglamento que rige todo MASC de esta naturaleza que es administrado por el CAM de conformidad con el Centro de Arbitraje de México (s.f.).

4.2.6 Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO)

En lo que concierne a la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO), dicha autoridad cuenta con un Centro de Mediación y Arbitraje, el cual estaba previsto desde mediados de 1940 pero que fue hasta el año 2000 en que se creó como consecuencia de la reestructuración de la Comisión de Mediación y Arbitraje de la CANACO “en la sesión del Consejo Directivo de CANACO el 25 de febrero de 1999” (Centro de Mediación y Arbitraje CANACO, s.f.).

El Centro de Mediación y Arbitraje de la CANACO se encarga de la administración de procedimientos tanto de mediación como de arbitraje, siendo su principal función la implementación de los Reglamentos de Mediación y Arbitraje de la CANACO, aunado a la promoción, difusión, estudio y práctica de los citados MASC de acuerdo con el Centro de Mediación y Arbitraje CANACO (s.f.). Entre las funciones y actividades del Centro de Mediación y Arbitraje se encuentran la administración de los procedimientos de mediación y arbitraje, la designación de árbitros, las asesorías al público en general respecto a la redacción de la cláusula arbitral para someter conflictos futuros a MASC, proporcionar la información necesaria sobre las etapas del arbitraje, así como diversas actividades académicas de difusión de los MASC de acuerdo con el portal oficial del Centro de Mediación y Arbitraje CANACO (s.f.).

4.2.7 Corte Española de Arbitraje

En España destaca la figura de la Corte Española de Arbitraje, organismo decano de instituciones arbitrales españolas que fuera creado en 1981 por Real Decreto del Consejo de Ministros y que a pesar de estar adscrito a la Cámara de Comercio de España, trabaja de manera independiente, resolviendo dicha institución conflictos mercantiles, tanto nacionales como internacionales, que las partes someten a su competencia, siendo que dicha autoridad nominadora además se encarga de administrar los arbitrajes, designar árbitros, dar

seguimiento a los procedimientos y buscar la ejecución de los laudos emitidos, entre otras funciones como señala la Corte Española de Arbitraje (s.f.)

La Corte Española de Arbitraje cuenta con un reglamento arbitral propio, el cual en su artículo 1 señala que la Corte Española de Arbitraje del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España se encargará de administrar “los arbitrajes que le sean sometidos, sean de carácter nacional o internacional, tanto en derecho como en equidad, con aplicación y sujeción a lo dispuesto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje” (Corte Española de Arbitraje, s.f.), además de que los arbitrajes se sujetarán a lo dispuesto por el Reglamento de la Corte Española de Arbitraje.

4.2.8 Corte de Arbitraje de Madrid

También en España se encuentra la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, misma que en el año de 1989 fue creada y que hasta la fecha cuenta con experiencia como administradora de arbitrajes comerciales, tanto nacionales como internacionales puesto que ofrece el servicio de arbitraje en controversias mercantiles con la intervención de árbitros con experiencia y formación en la materia conforme se detalla en la página oficial de la Corte de Arbitraje de Madrid (s.f.).

Así como las demás instituciones antes mencionadas, la Corte de Arbitraje de Madrid cuenta con su propio Reglamento de Arbitraje, en el cual se establece en el artículo 1 que la Corte de Arbitraje de Madrid consiste en “un servicio de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid (la “Cámara”) a la que se encomienda la administración de los arbitrajes de carácter interno e internacional, tanto en Derecho como en equidad, que le sean sometidos” (Corte de Arbitraje de Madrid, 2015), teniendo además la función de asegurar que el Reglamento de Arbitraje sea aplicado, incluyendo otras funciones como la designación de árbitros en los métodos alternos que administre la Corte entre otras funciones según su reglamento.

Cabe destacar que el Reglamento de la Corte de Arbitraje “es homologable con los estándares internacionales y responde a las crecientes y cambiantes necesidades de los empresarios y usuarios del arbitraje” (Corte de Arbitraje de Madrid, s.f.), puesto que es compatible con el Convenio de Nueva York de 1958, el Convenio de Ginebra de 1961, el Convenio de Washington de 1965 y la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) según la Corte de Arbitraje de Madrid (s.f.).

4.2.9 Asociación Europea de Arbitraje

Por último, en España, específicamente en Madrid, se encuentra la sede de la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE) que se avoca al desarrollo y fomento de los métodos alternos de solución de conflictos, como lo es el arbitraje y la mediación, siendo que en el primer MASC la asociación administra el arbitraje de equidad y el arbitraje de derecho, sea de carácter interno o nacional, que finaliza con la emisión de un laudo obligatorio, como lo especifica la propia Asociación Europea de Arbitraje (s.f.)

Así también, la citada autoridad nominadora ofrece los servicios de arbitraje por sectores, lo cual implica una clasificación del tipo de arbitraje proporcionado dependiendo de la materia que trate, mismo que será analizado por árbitros expertos en materias de arrendamientos urbanos, bancario y financiero, construcción, contratación pública, energía e ingeniería, marítimo y transporte, propiedad horizontal, societario y mercantil, comité de arbitraje TIC, franquicia, y farma y distribución según la página oficial de la Asociación Europea de Arbitraje (s.f.).

Además del arbitraje, la Asociación Europea de Arbitraje ofrece servicios de mediación y de formación específica de mediadores, siendo que tanto para el arbitraje como para la mediación, la AEADE cuenta con su propio marco legal, un Reglamento de Arbitraje, denominado Reglamento de la Asociación Europea de Arbitraje, y un Reglamento de Mediación, dependiendo del método alternativo de solución de conflictos que se trate, pero si se

trata de una mediación, ésta es administrada por el Centro de Mediación y Solución de Conflictos de la Asociación Europea de Arbitraje (CEMED) como lo señala la Asociación Europea de Arbitraje (s.f.).

Dentro de las funciones que desempeña la AEADE se encuentra, como ya se mencionó, la administración de métodos alternos de solución de conflictos, más no la resolución del fondo de los conflictos, como se advierte en el artículo 1.2 del Reglamento de Arbitraje de la institución que refiere: “2. La Asociación desarrolla funciones administradoras del procedimiento arbitral, sin resolver el fondo de las controversias planteadas. Su función es asegurar el cumplimiento del Reglamento, de conformidad con las disposiciones de la legislación arbitral vigente.” (Asociación Europea de Arbitraje, s.f.), con lo cual se concluye que al igual que las demás instituciones o autoridades nominadoras antes mencionadas, la AEADE solamente administra los métodos alternos que se celebren y sometan a su competencia y sus reglamentos.

Cabe mencionar que las instituciones privadas referidas en el presente capítulo no son las únicas que fungen como autoridades nominadoras que administran MASC sino que también existen diversas instituciones o asociaciones, tanto en los países mencionados como en otros más, que cumplen con las mismas funciones pero que para efectos de la presente investigación se limitó la descripción de dichas autoridades a la aquí mencionadas.

Ahora bien, de las instituciones y organizaciones mencionadas en líneas anteriores, hay que hacer mención de que las mismas pertenecen al sector privado siendo que el sector público también cuenta con organismos reguladores de MASC, tal es el caso de los centros de mediación adjuntos al Poder Judicial de cada entidad o país en México, los cuáles regulan y administran procedimientos de mediación o conciliación, sea dentro del juicio como una etapa procesal, previo al juicio como una etapa de prevención del conflicto ante una instancia jurisdiccional o paralelamente con el juicio.

Actualmente se cuenta con centros adjuntos a organismos jurisdiccionales, así como también se cuenta con “modelos de organización de servicios de mediación de ámbito del derecho privado de carácter semi-público o estrictamente privados, tales como los creados por los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio, o las Asociaciones profesionales” (Munné Catarina & Vidal Teixidó, 2013, pág. 76), tal es el caso de la ICC, la AAA, el ICDR y la LCIA a nivel internacional; el CAM y el Centro de Mediación y Arbitraje de la CANACO en México; así como la Corte Española de Arbitraje, la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid y la AEADE en España, autoridades nominadoras privadas que son recomendadas por los doctrinarios como es el caso de Cruz Miramontes & Cruz Barney (2004) quienes recomiendan acudir a la ICC o a la AAA para la administración de procedimientos de mediación y arbitraje, o como Azar Manzur (2003) que recomienda acudir a los procedimientos de la ICC para la resolución conflictos.

4.3 Elementos y criterios de las cláusulas escalonadas de organismos que regulan los MASC en la esfera internacional.

Como ya se ha dicho anteriormente, los doctrinarios y las propias autoridades nominadoras prevén, establecen y recomiendan la utilización de cláusulas escalonadas preestablecidas por organismos o instituciones que ya hayan resuelto asuntos en torno a problemáticas de cláusulas escalonadas puesto que de esta manera se puede asegurar que las cláusulas han sido implementadas y ejecutadas con éxito o, en su defecto, han sido evaluadas y analizadas por las autoridades nominadoras, quienes han aprobado su eficacia y ejecutabilidad.

Según Friedland (2007), la *International Chamber of Commerce* (ICC), la *London Court of International Arbitration* (LCIA) y el *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) ofrecen procedimientos de mediación, sugiriendo cada institución una cláusula de mediación seguida por arbitraje bajo sus respectivos reglamentos, mismas que se harán ver a continuación junto con otras cláusulas escalonadas sugeridas para efecto de comparar su contenido propuesto por autoridades nominadoras y doctrinarios.

4.3.1 *International Chamber of Commerce* o Cámara de Comercio Internacional

Para el caso de la *International Chamber of Commerce* (ICC) o Cámara de Comercio Internacional (CCI), se establecen diversos tipos de cláusulas de estilo o cláusulas modelo, entre las cuales destaca la llamada “Cláusula D”, que establece la obligación de referir la disputa al Reglamento de mediación de dicha institución, seguida de arbitraje si no se logra el acuerdo mediante la mediación. La “Cláusula D” es propuesta por la autoridad nominadora en inglés y en español pero para efectos de esta investigación se tomará en cuenta la cláusula descrita en español para facilitar el estudio de la misma, la cual refiere:

“En caso de controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas en primer lugar al procedimiento con arreglo al Reglamento de Mediación de la CCI. A falta de resolución de las controversias según dicho Reglamento dentro de los [45] días siguientes a la presentación de la solicitud de Mediación, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, tales controversias deberán ser resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.” (International Chamber of Commerce, 2014)

La citada cláusula establece que si no se llega a un acuerdo una vez que venza el plazo señalado para someter la controversia a la mediación, el conflicto se someterá al arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje CCI, siendo relevante mencionar que el término o periodo de tiempo establecido al que se someterán las partes puede ser modificado por las mismas de común acuerdo puesto que se habla de una cláusula modelo, por tanto, es posible cambiar los datos o información aplicable al conflicto como el tiempo estimado para resolverlo o la normativa la cual regulará el procedimiento. Así también, es importante señalar que las partes se comprometen a someter los conflictos derivados del contrato o relacionados con él a la mediación y, en su caso, arbitraje, sin embargo, no se detalla con exactitud los conflictos, sino que más bien los describen de forma genérica sin limitarlos.

4.3.2 *American Arbitration Association* o Asociación Americana de Arbitraje. *International Centre for Dispute Resolution* o Centro Internacional de Resolución de Disputas

Por su parte la *American Arbitration Association* (AAA), dentro de sus diversas guías prácticas de redacción de cláusulas, así como en sus manuales de procedimientos de mediación y arbitraje establece diversos modelos de cláusula escalonada, los cuales técnicamente establecen un mismo procedimiento escalonado, como lo es mediación-arbitraje (MED-ARB), pero divergen en pequeños detalles. Me permito transcribir dichas cláusulas en su idioma de origen para demostrar su contenido.

Primera cláusula de la AAA:

“If a dispute arises out of or relates to this contract, or the breach thereof, and if the dispute cannot be settled through negotiation, the parties agree first to try in good faith to settle the dispute by mediation administered by the American Arbitration Association under its Commercial Mediation Procedures before resorting to arbitration, litigation, or some other dispute resolution procedure.” (American Arbitration Association, 2013, pág. 9)

Segunda cláusula de la AAA:

“If a dispute arises from or relates to this contract or the breach thereof, and if the dispute cannot be settled through direct discussions, the parties agree to endeavor first to settle the dispute by mediation administered by the American Arbitration Association under its Commercial Mediation Procedures before resorting to arbitration. Any unresolved controversy or claim arising from or relating to this contract or breach thereof shall be settled by arbitration administered by the American Arbitration Association in accordance with its Commercial Arbitration Rules, and judgment on the award rendered by the arbitrator may be entered in any court having jurisdiction thereof. If all parties to the dispute agree, a mediator involved in the parties’ mediation may be asked to serve as the arbitrator.” (American Arbitration Association, 2013, págs. 33-34)

La primera cláusula establece la posibilidad de llevar a cabo un procedimiento escalonado de 3 pasos, en el cual destaca la negociación como primer escalón, la mediación de buena fe como

segundo escalón y el arbitraje, litigio o cualquier otro procedimiento de solución de conflictos como método final para resolver el conflicto, siendo importante aclarar que la cláusula señala solamente que la mediación se administraría de conformidad con los reglamentos de la AAA, sin especificar si la negociación o el arbitraje se someterá a alguna normativa de autoridad nominadora de métodos alternos de solución de conflictos (MASC). De la misma manera, se establece la opción de seguir con el desarrollo de un litigio u otro MASC al finalizar la mediación, en lugar de arbitraje.

En la segunda cláusula, se determina de manera más clara y concisa que se trata de una cláusula escalonada MED-ARB, donde se establece primeramente que las partes tratarán de resolver el conflicto a través de discusiones, de lo contrario, intentarán a través de la mediación administrada por la AAA, antes de recurrir al arbitraje bajo la administración y reglamento de dicha institución, haciendo especial mención de que el mismo mediador podrá fungir como árbitro si las partes así lo desean. No se habla en ninguna de estas cláusulas de términos o periodos de tiempo específicos ni tampoco se utilizan palabras que demuestren obligatoriedad de acudir a un MASC determinado como lo fue en la cláusula modelo de la ICC que hable de un “deber” de hacer o proceder de determinada manera por las partes.

El *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) de la *American Arbitration Association* también establece su propia cláusula de estilo sugerida, en la cual se plasma el procedimiento MED-ARB que las partes pueden observar y adoptar si desean someter la resolución de sus controversias a la administración de dicho centro. La cláusula escalonada propuesta por la mencionada autoridad nominadora se redacta de la siguiente manera:

“In the event of any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or a breach thereof, the parties here to agree first to try and settle the dispute by mediation, administered by the International Centre for Dispute Resolution under its Mediation Rules. If settlement is not reached within 60 days after service of a written demand for mediation, any unresolved controversy or claim arising out of or relating to this contract shall be settled by arbitration in accordance with the International Arbitration Rules of the

International Centre for Dispute Resolution.” (International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association, 2011)

De la citada cláusula escalonada MED-ARB se puede observar como el ICDR propone la resolución de controversias que surjan del contrato o sean relativas a él a través de la mediación regulada por el reglamento de mediación del referido centro. Si no se llegase a un acuerdo entre las partes por medio de la mediación dentro del término de 60 días, los conflictos subsistentes deberán ser resueltos a través del arbitraje de acuerdo a su respectivo reglamento. En esa cláusula modelo se puede observar que sí se preestableció el término o periodo de tiempo para llevar a cabo el procedimiento de la mediación, así como también se utiliza el término “*shall*”, que hace referencia a la obligación que tienen las partes de someter las disputas sin resolver a la etapa final del arbitraje.

4.3.3 *London Court of International Arbitration* o Corte Internacional de Arbitraje de Londres

Otra institución que funge como autoridad nominadora es la *London Court of International Arbitration* (LCIA), corte que establece su propia cláusula escalonada MED-ARB, misma que señala:

"In the event of a dispute arising out of or relating to this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, the parties shall first seek settlement of that dispute by mediation in accordance with the LCIA Mediation Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause.

If the dispute is not settled by mediation within [.....] days of the commencement of the mediation, or such further period as the parties shall agree in writing, the dispute shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause.

The language to be used in the mediation and in the arbitration shall be [.....].

The governing law of the contract shall be the substantive law of [.....].

In any arbitration commenced pursuant to this clause,

(i) the number of arbitrators shall be [one/three]; and

(ii) the seat, or legal place, of arbitration shall be [City and/or Country].” (The London Court of International Arbitration (LCIA), s.f.)

La referida cláusula escalonada hace referencia al procedimiento escalonado MED-ARB, sin embargo, la cláusula LCIA establece un alcance mayor en cuanto al tipo de disputas que se abarcan y se pretenden resolver con los MASC puesto que se incluyen controversias de existencia, validez y terminación contractual, cuestiones que pueden ser resueltas a través de la mediación y, si no se llega a una solución común, a través del arbitraje. Es importante hacer notar que en la cláusula también se utiliza el término “shall” que hace alusión al deber de las partes no sólo de someterse a arbitraje, sino también al deber de someterse a mediación previo al arbitraje bajo las disposiciones de los reglamentos de mediación y arbitraje de la LCIA e incluso se prevé que las partes determinen un periodo de tiempo para llevar a cabo la mediación antes de recurrir, de manera obligatoria, al arbitraje. Otro aspecto de gran importancia es que esta cláusula prevé que las partes establezcan desde el inicio el idioma y la ley aplicable a la mediación y al arbitraje, así como el número de árbitros y el lugar donde se llevará a cabo el arbitraje, cuestiones que no eran establecidas en las cláusulas citadas con antelación.

4.3.4 Asociación Europea de Arbitraje

En el caso de las autoridades nominadoras españolas, la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE) establece, además de la cláusula arbitral, un modelo de cláusula escalonada MED-ARB, última que refiere:

"Las eventuales controversias derivadas de la formación, interpretación, o ejecución, validez, existencia y terminación del presente acuerdo serán sometidas a mediación administrada por el Centro de Mediación y Solución de Conflictos, Cemed, el cual realizará la labor encomendada a través de los mediadores a tal efecto designados, todo ello de conformidad con sus Estatutos y Normas Internas, a los que las partes se acogen. La información y documentación suministrada por las partes en el proceso de mediación será absolutamente confidencial, conforme a lo establecido en la Ley.
En caso de concluir la mediación sin acuerdo respecto de la(s) controversia(s) en cuestión o en caso de que ésta se prolongue más de 15 días, salvo acuerdo

expreso y por escrito de las partes de prolongar dicha mediación la(s) controversia(s) no resuelta(s) será(n) resuelta(s) definitivamente mediante arbitraje [de Derecho / equidad], administrado por la Asociación Europea de Arbitraje, de conformidad con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El Tribunal Arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por [un único / tres] árbitro[s] y el idioma del arbitraje será el [español/otro]. La sede del arbitraje será [ciudad + país]..." (Asociación Europea de Arbitraje, s.f.)

La citada cláusula escalonada de la Asociación Europea de Arbitraje, así como la cláusula de la LCIA, establece los conflictos derivados ya sea de la formación, interpretación, ejecución, validez, existencia y terminación de del contrato se someterán a la mediación administrada por el Centro de Mediación y Solución de Conflictos de la Asociación Europea de Arbitraje y su reglamento, pero en caso de que se concluya la mediación sin lograr un acuerdo o que la misma sobrepase de 15 días sin lograr dicho acuerdo entre partes, los conflictos se someterán al arbitraje, de equidad o de derecho, administrado por la referida asociación y su respectivo reglamento de arbitraje vigente. De dicha cláusula escalonada es necesario destacar que pese a que hay un claro sometimiento a las normas y reglamentos de la asociación, también se establece en la propia cláusula el número de árbitros, le idioma y la sede del arbitraje como en la cláusula de la LCIA, que por sus elementos se considera que son similares o casi idénticas, comparada con las cláusulas de la ICC, la AAA o el ICDR de ésta última asociación.

4.3.5 Cláusulas recomendadas por la doctrina internacional

Ahora bien, además de las cláusulas recomendadas por las autoridades nominadoras, la doctrina también hace su recomendación respecto a la redacción de cláusulas escalonadas, tal es el caso de Fosbrook & Laing (2010), quienes sugieren la siguiente cláusula:

"If any dispute or difference of any nature between the parties shall arise pursuant to this Agreement then such dispute or difference shall:
At first be referred to a single mediator to be appointed in accordance with the mediation procedures of Media Dispute Resolution: [] or such other organization which provides mediation services. The mediator shall be agreed upon by the parties but failing such agreement within [twenty-eight days] of

one party requesting the appointment of a mediator the mediator shall be appointed by the [President of the Law Society] of [country] at that time.
If not resolved by the procedure in 1.1 such dispute or difference shall be referred to a single arbitrator under the [Rules of the Chartered Institute of Arbitrators/other] in [country] for resolution.
If not resolved by procedures in 1.1 or 1.2 then either party shall be at liberty to pursue such action and remedies as it shall, at its sole discretion, decide in the circumstances subject to the terms of this Agreement.” (Fosbrook & Laing, 2010)

La cláusula propuesta insta a una manera diversa de redactar una cláusula escalonada puesto que utiliza en todas las etapas del procedimiento MASC el término “*shall*” que, como se había mencionado con anterioridad, refiere a una obligación de las partes de someterse al MASC que se menciona, en este caso a la mediación, arbitraje o diverso procedimiento escogido por las partes. Se incluye también un espacio en donde las partes contratantes pueden establecer la organización de su preferencia que brinde servicios de mediación, así como la sociedad u organismo del país seleccionado que seleccionará al tercero neutral que fungirá como mediador en caso de que las partes no concuerden con designación del mediador. En el supuesto de que la mediación no logre el acuerdo de las partes, se prevé que un árbitro resuelva la disputa de conformidad con el reglamento institucional establecido por las partes. Finalmente se estipula la libertad de las partes continúen realizando acciones previo acuerdo para llegar a la solución del conflicto, es decir, que la cláusula no limita a las partes a la sola mediación y arbitraje de la disputa sino que les permite establecer otro medio para lograr la solución de la controversia, tal puede ser el caso de un litigio o de una negociación, o del sometimiento al criterio de un experto, entre otros mecanismos.

Entre las recomendaciones que nos dan los autores para redactar una cláusula escalonada se encuentra la opinión de Friedland (2007), quien señala que si las partes acuerdan que la mediación se lleve a cabo antes que acudir al arbitraje, la clave de la redacción sería establecer periodos de tiempo límite para el paso previo al arbitraje o al litigio y si la mediación no resulta exitosa, las partes podrían acordar en conjunto el extender el periodo de tiempo, y como

menciona el referido autor, si se establecen periodos de tiempo cortos para cada etapa, las partes contratantes pueden disminuir el riesgo de que alguna de las partes retrase el procedimiento escalonado al negarse a participar en la mediación de buena fe.

El lenguaje implementado en la cláusula también tiene consecuencias legales puesto que si no se establece la obligación de acudir al arbitraje después de la mediación, se pueden ocasionar gastos y retrasos al utilizar términos que no expresan una obligación y compromiso forzoso de acudir a la mediación como menciona Friedland (2007), quien asevera que el claro y expreso establecimiento de la obligación de arbitrar después de la mediación expresará la intención y propósito de arbitrar de buena fe.

En cuanto al contenido de la cláusula escalonada, y contrario a lo que la mayoría de las cláusulas modelo anteriormente citadas establecen, Abascal Zamora (2014) señala y recomienda considerar en la redacción el número de árbitros, el lugar donde se llevará a cabo el arbitraje, el idioma del mismo y la ley aplicable al fondo del negocio, haciendo especial mención de señalar también en la cláusula la persona o institución que se designará como autoridad nominadora, cuestiones que se incluían en la cláusula de modelo propuesta por la LCIA, que a consideración del investigador es la cláusula más completa de las señaladas en el presente apartado y que presentarían menos conflictos al momento de ejecutarla puesto que establece de manera expresa los aspectos importantes en la designación del lugar, tiempo, idioma, cantidad de terceros neutrales (mediadores y/o árbitros) e institución reguladora que permitirán la celebración de los MASC al resolver un conflicto contractual.

En resumen, existe una variedad de cláusulas modelo susceptibles de ser insertas en contratos de todo tipo, desde contratos comerciales sencillos de compraventas de bienes muebles e inmuebles hasta en contratos de construcción, servicios profesionales, o incluso de contratación pública, así también existe una variedad de cláusulas MASC escalonadas insertas en contratos de todo tipo, tal es el caso de las cláusulas o convenios arbitrales y la cláusula escalonada denominada MED-ARB. Dichas cláusulas escalonadas modelo son propuestas no

sólo por la doctrina y académicos, sino también por autoridades nominadoras como la ICC, la AAA, la LCIA y la AEADE por mencionar algunas, que aunque tienen el carácter de ser cláusulas estándar o, como su nombre lo dice, modelo, no siempre son redactadas de la misma forma o con los mismos elementos, por ejemplo, la ICC propone una cláusula que engloba todos los conflictos derivados del contrato como susceptibles de ser sometidos a mediación y si no se logra un acuerdo, después al arbitraje pero utilizando un lenguaje en el que se hace alusión al compromiso que las partes contratantes adquieren y que acuerdan cumplimentar sin ser demasiado imperativa. En el caso de la AAA, se proponen dos cláusulas en donde la primera de ellas se redacta estableciendo que los MASC a implementar ante un conflicto derivado del contrato o su incumplimiento son la negociación, la mediación y el arbitraje, litigio o cualquier otro procedimiento de resolución de disputas, señalando también que las partes se comprometen a proceder de esa manera, en cambio, en la segunda cláusula, si se suscita una disputa derivada del contrato o su incumplimiento, las partes se comprometen a discutir directamente el conflicto, que de no resolverse se pasaría a mediación o, en su defecto, a arbitraje para lograr una solución, sin embargo, en esta segunda cláusula se hace mención de que si existe común acuerdo, el mediador puede fungir también como árbitro, lo cual no estaba previsto en la primera cláusula de la asociación, además que la segunda cláusula utiliza vocabulario que expresa una obligación de cumplimentar lo pactado. Así también, el ICDR de la asociación establece en la cláusula modelo que propone la misma fórmula que la segunda cláusula de la AAA pero establece un plazo diferente para la realización de la mediación y que los MASC celebrados se someterán a los reglamentos del centro. En el caso de la LCIA, la cláusula escalonada determina los tipos de conflictos derivados del contrato que pueden someterse a MASC, como lo son los conflictos respecto a la existencia, validez o terminación del contrato, además de que el procedimiento escalonado abarca primeramente una mediación y posteriormente, si no se logra un acuerdo, un arbitraje obligatorio, esclareciendo también el idioma, la ley aplicable, el número de árbitros y el lugar del arbitraje, en tanto que la cláusula de la AEADE es similar a la de la Corte de Londres puesto que establece los tipos de conflictos que se someterán al procedimiento escalonado, además de hacer referencia a que

el arbitraje podrá ser de equidad o de derecho, que son los arbitrajes que la asociación administra, aunado a la delimitación del número de árbitros, el idioma y la sede del arbitraje. Ahora bien, en el caso de la doctrina se ofrece una propuesta de cláusula escalonada modelo, en la cual se redacta la obligación de las partes de designar un mediador, y de someterse a arbitraje o al procedimiento deseado por las partes, siendo que en este caso, las partes establecen la autoridad nominadora y los reglamentos a los que se someterán, además de que también se puede prever otros medios de solución de conflictos, como lo son la negociación o el litigio.

Cabe destacar también que las opiniones, sugerencias y recomendaciones de los autores son variadas, para Friedland (2007) es importante el señalar los periodos de tiempo límite que debe durar la mediación antes de pasar al arbitraje o litigio, siendo preferible que los periodos de tiempo sean cortos puesto que de esta manera hay menos riesgo de retrasar el procedimiento, además de que el no expresar la obligación y compromiso forzoso de ir a mediar puede ocasionar retrasos y gastos. Por el otro lado, para autores como Abascal Zamora (2014) es importante redactar el número de árbitros, el lugar, idioma y la ley aplicable del arbitraje, así como designar a la persona o institución que será la autoridad nominadora. Aunque las opiniones de los doctrinarios indiquen que los elementos de las cláusulas escalonadas deben ser diferentes, lo cierto es que las cláusulas propuestas por las autoridades nominadoras han sido ya redactadas, implementadas y ejecutadas por partes contratantes, razón por la cual se les denomina cláusulas modelo, por ya contar con experiencia de ser implementadas y probadas en la práctica, lo cual prevé de seguridad jurídica a las partes que las implementan al saber que dichas cláusulas son eficaces en la práctica y, sin duda alguna, serán ejecutadas en cuanto se suscite un conflicto entre partes.

CAPÍTULO 5: CRITERIOS EMITIDOS POR CORTES Y TRIBUNALES ACERCA DE LA IMPLEMENTACIÓN Y OBLIGATORIEDAD DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS

Casos prácticos de implementación de cláusula escalonada en diversos países. (Australia, España, Estados Unidos, Francia, Inglaterra, México y Suiza)

Como se ha mencionado en el capítulo 3, la claridad y descripción o manifestación expresas son fundamentales en la redacción de las cláusulas escalonadas, por lo tanto, las cláusulas modelo establecen de diversas maneras cómo se puede proceder al momento de redactar una cláusula escalonada como la cláusula MED/ARB. Ahora bien, valdría la pena señalar que la falta de formalidades en la redacción a la cláusula escalonada puede conllevar a diversas interpretaciones e inclusive ocasionar que las partes contratantes no cumplan con la obligación de mediar previo al arbitraje puesto que la cláusula expresamente no lo exigía.

En la práctica jurídica hay diversidad de redacción en las cláusulas escalonadas, aunado al contexto en el que se aplican, sin embargo, resulta obvio y evidente que en diversos casos, sin darle importancia al contexto, persiste la tensión natural entre el principio *pacta sunt servanda* y el derecho de las partes de someter su disputa a un tribunal según menciona Irra de la Cruz & Ibarra Chávez (2015). Hay fuerza vinculatoria en los acuerdos entre partes contratantes pero a su vez, las mismas tienen derecho de acudir a un tribunal a solicitar auxilio judicial, entonces queda en disyuntiva la obligatoriedad de la cláusula escalonada, razón por la cual se describirán algunos casos provenientes de contextos diversos para exponer los criterios respecto a la obligación de las partes de acudir al mecanismo previo y el sometimiento de las mismas al arbitraje o litigio.

5.1 Australia (*Aiton Australia Pty Ltd v. Transfield Pty Ltd.*)

Como primer caso, en Australia, la Suprema Corte de Nueva Gales del Sur resolvió el caso de *Aiton Australia Pty Ltd v. Transfield Pty Ltd.*¹⁴, en el cual se establecía una cláusula escalonada de negociación, mediación y la determinación de un experto o el litigio dentro de un contrato de construcción de una planta de cogeneración al sur de Australia entre las empresas *Aiton Australia Pty Ltd.* Y *Transfield Pty Ltd.* de acuerdo con Kayali (2010).

Primeramente *Aiton Australia Pty Ltd.* demandó el pago de daños provenientes de problemas de ejecución mientras que *Transfield Pty Ltd.* solicitó la suspensión de los procedimientos judiciales con reenvío al mecanismo de resolución de disputas según afirma Irra de la Cruz & Ibarra Chávez (2015). Después del estudio del caso, Einstein, J. determinó que el procedimiento señalado en la cláusula 28 del contrato no se había cumplimentado y manifestó que no había base legislativa que obligara al cumplimiento de las cláusulas de resolución de conflictos con excepción de las cláusulas arbitrales, sin embargo, estableció dos requisitos para que la cláusula de mediación o conciliación fueran obligatorias, los cuales son que ésta deba expresar que la mediación o la conciliación son condiciones precedentes al arbitraje o litigio, además de que las cláusulas deben ser claras conforme lo menciona Kayali (2010).

Para Einstein, J. la falta de información conlleva a una cláusula incierta, por lo cual se busca que las cláusulas sean lo suficientemente claras y ciertas, además de que se sugiere que al redactar las cláusulas MASC se asegure que el objeto de la resolución de disputas es el procedimiento más que el resultado y que el procedimiento mismo es claro; que se asegure que las partes pueden determinar cuándo el procedimiento requerido ha terminado; que se incluya una cláusula que provea la distribución de los costos de los profesionales de MASC; y

¹⁴ *Aiton Australia Pty Ltd v. Transfield Pty Ltd.* [1999] 153 F.L.R. 236.

que no se restrinjan en la inclusión del requisito de buena fe según menciona Altobelli y otros (2000).

5.2 Colombia (*Instituto de Desarrollo Urbano-IDU contra el Consorcio Lar*)

Por otro lado, en Colombia, el Consejo de Estado, como máximo órgano de jurisdicción contencioso administrativa, es quien conoce del recurso de anulación contra el laudo y que ha tenido su línea jurisprudencial en el arbitraje nacional, cuyo primer criterio fue emitido en el caso del *Instituto de Desarrollo Urbano-IDU contra el Consorcio Lar*, en el cual las partes acordaron en la cláusula compromisoria que antes de acudir al Tribunal de Arbitramento podrían arreglar de manera directa sus conflictos de acuerdo con Bernal Gutiérrez y otros (2015).

El 4 de diciembre de 2006, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado emitió sentencia dentro del expediente 32.871 declarando que las cláusulas de ese tipo no son válidas ni obligatorias para los contratantes puesto que se trata de una obligación genérica y de carácter abstracto al no especificar un método alternativo de solución de conflictos al cual acudir previo al arbitraje, la voluntad de las partes no puede interrumpir la caducidad y la prescripción pues de lo contrario la cláusula atentará contra el derecho de acceso a la justicia, además de que las partes no pueden determinar los requisitos de procedibilidad puesto que éstos son de derecho público y deben ser previstos y delimitados por la propia ley según Bernal Gutiérrez y otros (2015).

Dicha sentencia establece la posición del Consejo de Estado, cuya importancia marcó el precedente para posteriores casos, misma que a la letra establece:

“Sobre el contenido de esta parte inicial del pacto arbitral, en el cual, las partes convinieron que antes de acudir al tribunal de arbitramento intentarían solucionar el conflicto mediante arreglo directo, resulta pertinente precisar que tales estipulaciones, fijadas como requisito previo a la convocatoria del tribunal de arbitramento, en manera alguna pueden convertirse en requisitos de

procedibilidad para acudir a la justicia arbitral; en otras palabras y sin perjuicio de que las partes puedan acordar, de manera válida y lícita, la realización de diversas actuaciones encaminadas a solucionar directamente las diferencias que surjan entre ellas o el transcurso de unos plazos determinados, lo cierto es que esas estipulaciones no están llamadas a generar efectos procesales frente al juez arbitral, puesto que las partes no se encuentran facultadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad (sic) que solo rueden establecerse por vía legislativa (Tal como, por ejemplo la Ley 640 estableció la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en algunos casos específicos), máxime si se tiene presente que las normas procesales son de orden público, de derecho público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, de conformidad con los dictados del artículo 6° del Código de Procedimiento Civil.

Así pues, la inobservancia de esos requisitos convencionales, en manera alguna puede tener efectos procesales frente a los árbitros, para impedirles que asuman conocimiento del asunto, ni tienen entidad para afectar la validez de sus decisiones.

La imposibilidad en que se encuentran las partes para convenir requisitos de procedibilidad que obligatoriamente debieren agotarse antes de ejercer las acciones correspondientes ante el respectivo juez arbitral —cuestión que incluye la convocatoria misma del correspondiente tribunal—, encuentra reafirmación clara en el hecho evidente de que a las partes no les es dado negociar la suspensión o la interrupción del término de caducidad consagrado en la ley para determinadas acciones judiciales; nótese que si las partes pudieren convenir o acordar determinados requisitos de procedibilidad, con efectos vinculantes para el juez arbitral, como por ejemplo definir el transcurso de un tiempo mínimo o el agotamiento de ciertas formas de solución alternativa de conflictos como la conciliación, antes de que puedan presentar su correspondiente demanda o convocatoria, naturalmente deberían poder acordar también que mientras se agotan esos requisitos no transcurrirá el término de caducidad de la acción o que el mismo se tendría por suspendido, materia sobre la cual, se insiste en ello, en modo alguno pueden disponer convencionalmente las partes.

(...)

Pero es más, incluso si las partes hubieren convenido de manera obligatoria la necesidad de agotar previamente una determinada etapa de arreglo directo o el transcurso de un plazo antes de que alguna de ellas pudiese proceder a formular la correspondiente demanda (convocatoria), en ese evento, como ya se indicó, esa exigencia no podría generar efectos procesales para los árbitros,

puesto que ello no sería más que la consignación de un requisito o presupuesto de procedibilidad no previsto en las normas procesales, para cuyo efecto no se encuentran facultadas las partes, requisito que además de alterar indebidamente el referido ordenamiento procesal, constituiría un obstáculo inadmisibile para que cada parte pudiese ejercer su correspondiente derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, consagrado en el art. 229 constitucional” (Bernal Gutiérrez, y otros, 2012).

En el mismo sentido, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió asuntos posteriores como el caso de *Empresas de Telecomunicaciones de Valledupar – Teleupar S.A. E.S.P en Liquidación contra Angelcom S.A.*, cuya sentencia fue emitida el 3 de mayo de 2007 dentro del expediente 31.228; el caso *Consortio Porvenir contra Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER*, con sentencia dictada el 10 de junio de 2009 en el expediente 36.252; el caso *Telcaribe S.A. E.S.P. contra Telesantamarta S.A. E.S.P. en Liquidación*, con sentencia emitida el 29 de agosto de 2007 del expediente 33.699 ; y *Telefónica Móviles de Colombia S.A. contra Empresa de Teléfonos de Bogotá – ETB – S.A. E.S.P.*, cuya sentencia fue emitida el 1 de abril de 2009 dentro del expediente 34.846, en los cuales se determinó que las cláusulas escalonadas no eran válidas y no pueden generar efectos procesales puesto que las partes no pueden establecer requisitos de procedibilidad si no es por disposición expresa de la ley, lo cual indica que la jurisdicción o competencia de los árbitros o tribunales arbitrajes no se afectará si no se cumplen las etapas previas de las cláusulas escalonadas, como menciona Bernal Gutiérrez y otros (2012).

En este precedente del Consejo de Estado se determina que las cláusulas escalonadas, específicamente los escalones previos al arbitraje, no determinarán la jurisdicción o falta de ésta de una autoridad arbitral para resolver una disputa o conflicto, en razón de que las partes contratantes no pueden determinar los requisitos de procedibilidad que la propia ley debe establecer, por tanto, al no tener carácter obligatorio las etapas previas al arbitraje, su incumplimiento no influirá en la nulidad del procedimiento de arbitraje y su laudo, siendo

posible que la spartes puedan recurrir a dicho método alternativo de solución de conflictos sin acudir a una negociación, mediación o conciliación previa al arbitraje.

5.3 Estados Unidos de América (*HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.*)

En Estados Unidos de América (EUA) *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.*¹⁵, en donde *HIM Portland* contrató a *DeVito Builders Inc.* para la renovación de un motel en la ciudad de Portland, Maine, en Estados Unidos. El 3 de abril de 2002 *HIM Portland LLC* demandó a *DeVito Builders Inc.* en la Corte de Distrito del Distrito de Maine buscando la reparación y devolución de los daños por el incumplimiento de contrato, difamación y representación legal fraudulenta, siendo que después de que contestó la demanda *DeVito Builders Inc.*, *HIM Portland LLC* presentó la moción de obligar a arbitrar y suspender el procedimiento hasta en tanto haya terminado el arbitraje, señalando que la cláusula contractual de arbitraje requería que las partes arbitraran las disputas contractuales. El 26 de julio de 2002 la Corte de Distrito negó la moción de *HIM Portland LLC* de arbitrar forzosamente y suspender los procedimientos judiciales hasta que el arbitraje haya terminado, siendo que la Corte encontró que la falta de solicitud de mediar por parte de *HIM Portland LLC* excluyó la ejecución de la cláusula arbitral según el caso *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.*¹⁶.

La cláusula establecida en el contrato de *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.* fue establecida de la manera siguiente:

“9.10.1 Claims, disputes and other matters in question arising out of or relating to this Contract, including those alleging an error or omission by the Architect but excluding those arising under Paragraph 15.2 [Hazardous Materials], shall be referred initially to the Architect for decision. Such matters, except those relating to aesthetic effect and except those waived as provided for in Paragraph 9.11 [Consequential Damages] and Subparagraphs 14.5.3 and 14.5.4

¹⁵ *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.*, 317 F.3d 41, 42 (1st Cir. 2003).

¹⁶ *Id.*

[making or acceptance of final payment constitutes waiver], shall, after initial decision by the Architect, or 30 days after submission of the matter to the Architect, be subject to mediation as a condition precedent to arbitration or the institution of legal or equitable proceedings by either party.

9.10.3 The parties shall endeavor to resolve their disputes by mediation which, unless the parties mutually agree otherwise, shall be in accordance with the Construction Industry Mediation Rules of the American Arbitration Association currently in effect. The request may be made concurrently with the filing of a demand for arbitration, but, in such event, mediation shall proceed in advance of arbitration or legal or equitable proceedings, which shall be stayed pending mediation for a period of 60 days from the date of filing, unless stayed for a longer period by agreement of the parties or court order.

9.10.4 Claims, disputes and other matters in question arising out of or relating to the Contract that are not resolved by mediation, except matters relating to aesthetic effect and except those waived as provided for in Paragraph 9.11 and Subparagraphs 14.5.3 and 14.5.4, shall be decided by arbitration which, unless the parties mutually agree otherwise, shall be in accordance with the Construction Industry Arbitration Rules of the American Arbitration Association currently in effect. The award rendered by the arbitrator or arbitrators shall be final, and judgment may be entered upon it in accordance with applicable law in any court having jurisdiction thereof.” (Findlaw for legal professionals., s.f.)

De la citada cláusula se puede observar como las partes establecen primeramente que las disputas se resolverán con la decisión del arquitecto experto, después de la decisión inicial del arquitecto o 30 días después de su someter el caso a la decisión del arquitecto, dichas disputas serán objeto de mediación como condición precedente al arbitraje, y entiéndase por condición a la adición de circunstancias específicas a los elementos esenciales del negocio dependiendo de sus intereses, mismas que restringen los efectos del negocio según establece Muñoz (1973). Se advierte también que las partes acordaron el reglamento al que se sometería tanto la mediación como el arbitraje y la autoridad nominadora que lo administraría, así como la condición de que la mediación se llevará a cabo previamente al arbitraje o los procedimientos legales.

En el presente caso la corte concluyó que las partes debían de cumplimentar la condición precedente para poder acudir al procedimiento posterior previsto, en este caso la condición precedente al arbitraje era la mediación como claramente lo estableció la cláusula escalonada que determinaba que las partes “debían someter sus disputas a un arquitecto y, a falta de solución, debían intentar resolver las disputas por medio de la mediación de conformidad con las Reglas de Mediación de la Industria de la Construcción de la AAA” (Irra de la Cruz & Ibarra Chávez, 2015, pág. 40).

5.4 Francia (*Medissimo v. Logica*)

En Francia el caso *Medissimo v. Logica*¹⁷ establece el criterio de la Corte de Casación respecto a la falta de establecimiento de condiciones específicas para llevar a cabo MASC en la resolución de disputas provenientes de un contrato entre partes. La compañía farmacéutica *Medissimo* celebró un contrato de mantenimiento y programación de software con la empresa *Logica IT*, ante disputas contractuales, *Medissimo* inició un procedimiento contra *Logica IT* ante las cortes francesas alegando incumplimiento de contrato y daños, en consecuencia, *Logica IT* argumentó que la demanda de *Medissimo* era inadmisibile por no haber solicitado o intentado llevar a cabo una solución amistosa de disputas antes de iniciar el procedimiento.

La corte de apelación de París declaró inadmisibile la demanda de *Medissimo* en atención a que constituye un *fin de non-recevoir*, de conformidad con el artículo 122 del Código de Procedimientos Civiles de Francia, la estipulación contractual por la cual las partes acordaron que someterán sus diferencias a una solución amistosa previa y que ese *fin de non-recevoir* se impone al juicio mismo si la cláusula se limita a invocar una solución amistosa de conflictos sin precisar el procedimiento a seguir según JSA et Associés (2014).

¹⁷ *Medissimo v. Logica*, Cass. Com. 29 abril 2014, nº 12-27.004.

En el fallo de 29 de abril de 2014 la Corte de Casación declaró:

“Attendu que la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en oeuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci” (Legifrance Le service public de la diffusion du droit, 2014).

Transcripción la cual quiere decir que en atención a que la cláusula contractual prevé una tentativa de solución amistosa sin establecer las condiciones particulares para su implementación no constituye un procedimiento de conciliación obligatoria cuyo incumplimiento constituiría un *fin de non-recevoir* o un supuesto de inadmisibilidad de la demanda. La Corte de Casación concluyó que la cláusula escalonada que establece un intento de solución amistosa de disputas sin establecer las condiciones particulares o específicas de la implementación y celebración del mecanismo previo, como lo es la mediación o la conciliación, no constituye un procedimiento obligatorio para las partes y que su incumplimiento se considera una causal de inadmisión de la demanda, que dentro del Derecho Mexicano consiste en una causal de improcedencia de la demanda puesto que no entra a estudiar el fondo del asunto, caso o juicio.

5.5 Inglaterra (*Cable & Wireless Plc v. IBM United Kingdom Ltd.*)

En Inglaterra, la *High Court of Justice* resolvió el caso *Cable & Wireless Plc v. IBM United Kingdom Ltd*¹⁸, en el cual las partes celebraron un contrato de prestación de servicios donde *IBM United Kingdom Ltd* suministraría tecnología de información a *Cable & Wireless* por 12 años, contrato que contenía provisiones de benchmarking al igual que estudios de comparativas de precios de un asesor independiente de acuerdo con el *Centre for Effective Dispute Resolution* (2002). *IBM United Kingdom Ltd* rechazó el proceso de benchmarking

¹⁸ Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd, High Court, [2002] EWHC 2059 (Comm)

señalándolo como defectuoso, así como la interpretación de las provisiones de compensación de *Cable & Wireless Plc*, y siendo que el contrato tenía un procedimiento escalonado de resolución de disputas previendo primero la negociación entre altos funcionarios y ejecutivos, después un procedimiento MASC, para finalizar con un litigio conforme menciona Mackie (2003).

De acuerdo Mackie (2003) el proceso de negociación fracasó, *Cable & Wireless Plc* rechazó los intentos de resolver mediante MASC, en tanto que *IBM United Kingdom Ltd* inició procedimientos judiciales respecto a la validez del proceso de benchmarking. La corte determinó la suspensión del procedimiento judicial y reenvió a las partes a cumplimentar el procedimiento MASC previsto, estableciendo que “la referencia a un mecanismo ADR que no incluya una referencia a un procedimiento identificable no necesariamente implicaría su falta de obligatoriedad por falta de certeza” (Irra de la Cruz & Ibarra Chávez, 2015, pág. 41), además del juez determinó que había utilidad en la suspensión del procedimiento y su reenvío a MASC por existir una posibilidad de que el procedimiento alternativo tuviera éxito y el procedimiento judicial quedara sin materia según los citados autores.

El criterio de Colman J. de la Corte Comercial sostuvo que la intención de las partes era someterse a un procedimiento MASC y buscar el litigio como último recurso; que las partes fueron más allá del contrato que con un simple intento de negociar en buena fe puesto que identificaron un procedimiento particular del *Centre for Effective Dispute Resolution* (CEDR) y se advirtió que las referencias contractuales a MASC puede ser obligatoria incluso en la ausencia de un procedimiento identificable en la cláusula según Mackie (2003).

Para sustentar los criterios de la High Court of Justice en el caso *Cable & Wireless Plc v. IBM United Kingdom Ltd*, se transcribirá el fallo emitido por la corte que a la letra dice:

“...However, the clause went on to prescribe the means by which such attempt should be made, namely “through an (ADR) procedure as recommended to the parties by (CEDR)”. The engagement can therefore be analysed as requiring not

merely an attempt in good faith to achieve resolution of a dispute but also the participation of the parties in a procedure to be recommended by CEDR. Resort to CEDR and participation in its recommended procedure are, in my judgment, engagements of sufficient certainty for a court readily to ascertain whether they have been complied with....

This is because parties who enter into an ADR agreement such as this must be taken to appreciate that mediation as a tool for dispute resolution is not designed to achieve solutions which reflect the precise legal rights and obligations of the parties, but rather solutions which are mutually commercially acceptable at the time of the mediation. ...

...I therefore conclude that the appropriate course in the present case is for the hearing of the claim for declaratory relief to be adjourned until after the parties have referred all their outstanding disputes to ADR. In the event that this reference is unfruitful, the parties can reinstate this claim, provided that the issue of the validity of the Benchmarking Report is by that time the subject of further proceedings which this court can consider in the course of its overall responsibility to manage the existing proceedings. Hopefully this will prove unnecessary in view of a successful mediation.” (British and Irish Legal Information Institute, 2002).

Del fallo antes citado, se puede advertir como la Corte determinó la suspensión del procedimiento judicial para redirigir a las partes el procedimiento MASC regulado por el *Centre for Effective Dispute Resolution* (CEDR), el cual podría ayudar a resolver las disputas entre las partes. En el caso de que no se lograra la solución de conflictos, las partes podrían retomar la demanda instaurada, sin embargo, el fallo buscó el mejor beneficio de las partes para lograr un acuerdo mediante la celebración de un procedimiento alternativo al litigio como lo es la mediación.

5.6 Suiza (X._____ Ltd. v. Y._____ S.p.A., Case 4A_628/2015)

En Suiza, el Caso 4A_628/2015¹⁹ establece lo dispuesto por la Primera Sala Civil del Tribunal Federal Suizo en la resolución de 16 de marzo del año 2016, respecto a la cláusula que dispone un requisito de celebrar un procedimiento obligatorio previo al arbitraje ante el surgimiento de conflictos en materia del Sector Energético en Algeria.

La empresa denominada X._____ Ltd., cuyo nombre real no es publicado por la fuente de referencia, es una empresa involucrada en la exploración y producción de hidrocarburos, en tanto que la entidad Y._____ S.p.A. de Algeria, cuyo nombre tampoco es revelado, es una compañía, activa en exploración, producción, distribución de ductos, procesamiento y comercio de hidrocarburos y sus derivados según menciona Swiss International Arbitration Decisión (2016).

El 10 de julio de 2002, después de una licitación, las partes firmaron dos contratos de asociación para buscar y explorar depósitos de petróleo en dos áreas de territorio, cuyo nombre no es mencionado, siendo que para el 2 de abril de 2012, las partes firmaron dos contratos de formación de un grupo con el objetivo de crear una organización operacional para conducir y realizar actividades petroleras en los territorios señalados en el contrato de acuerdo con la fuente Swiss International Arbitration Decisión (2016).

Tanto el artículo 34.2 de los contratos de asociación como el artículo 22 de los contratos de formación de grupo refieren que respecto a la solución de conflictos, se aplicará lo siguiente:

“Any disagreement between the Parties as to the performance or the interpretation of this Contract, which cannot be settled by the parties, shall firstly be the object of an attempt at conciliation pursuant to the ADR

¹⁹ X._____ Ltd. v. Y._____ S.p.A., Case 4A_628/2015. *BVI Company and an Algerian state entity for oil-related explorations in Algeria*. Nombres suprimidos por la fuente.

(Alternative Disputes Resolution) Rules of the International Chamber of Commerce (ICC).

Any disagreement between the Parties as to the performance or the interpretation of this Contract, which is not resolved by way of conciliation, shall be decided in last instance by arbitration in accordance with the UNCITRAL arbitration rules by three (3) arbitrators appointed in conformity with such rules.

Applicable law shall be the law of [name of country omitted].

The place of arbitration shall be Geneva, Switzerland.

The language of arbitration shall be French. However, English may be used if necessary.” (Swiss International Arbitration Decisión, 2016, pág. 2).

Al surgir conflictos, la entidad Y._____ S.p.A. de Algeria inició el procedimiento de conciliación ante *el ICC International ADR Center* o el Centro Internacional ADR de la ICC de conformidad con el reglamento correspondiente en vigor, solicitud que fue reconocida por el Centro el 15 de septiembre de 2014 invitando a las partes a comunicar sus manifestaciones dentro de 15 días, a lo cual el Centro designó un conciliador español para garantizar la neutralidad del procedimiento y, siendo que las partes, acordaron llevar la reunión por conferencia telefónica, se estableció fecha y hora para llevar a cabo la reunión vía telefónica según la fuente antes citada.

Ante la oposición de las partes de las condiciones de la conferencia telefónica, el conciliador contactó a los abogados de ambas partes el 8 de enero de 2015, sin embargo, la entidad Y._____ S.p.A. presentó una solicitud de arbitraje y envió una carta al conciliador manifestando que no continuaría con el procedimiento y que había presentado una solicitud de arbitraje, en cambio, la empresa X._____ Ltd. manifestó al conciliador que no había razón para terminar la conciliación que no había comenzado por razones ajenas a su voluntad, a lo cual el conciliador, después de informar a las partes que no notificaría a la *ICC International Chamber of Commerce* que los procedimientos habían terminado sin haber conducido la

discusión prevista en el reglamento correspondiente, informó a las partes el 30 de enero de 2015 que interpretó la actitud de la entidad Y._____ S.p.A. como una retirada de la conciliación, cuestión que informó al Centro ADR el 3 de febrero de 2015, autoridad nominadora que mediante acuerdo de 5 de febrero de 2015 determinó que Y._____ S.p.A. intentó abandonar la solicitud de conciliación y dio vista a las partes para que manifestaran al respecto, determinación que fue confirmada por el Centro ADR el 16 de febrero de 2015, pero fue hasta el acuerdo de 8 de abril de 2015 que el Centro ADR señaló que la entidad Y._____ S.p.A. no había pagado la parte del depósito que le corresponde, por tanto, el procedimiento ADR se encontraba terminado de conformidad con el Reglamento ADR de la *ICC International Chamber of Commerce* como lo manifiesta *Swiss International Arbitration Decisions* (2016).

Como se había mencionado en líneas anteriores, el 16 de enero de 2015 la entidad Y._____ S.p.A. inició el procedimiento de arbitraje conforme al Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI (*UNCITRAL* por sus siglas en inglés) en concordancia con los artículos 34.2 y 22 de los cuatro contratos firmados por las partes, lo cual la empresa X._____ Ltd. pretendía impugnar puesto que el procedimiento de conciliación no había terminado alegando la falta de jurisdicción del tribunal arbitral conforme la legislación suiza, lo cual fue resuelto por el tribunal arbitral en el laudo de 13 de octubre de 2015, donde el tribunal rechazó la defensa jurisdiccional de X._____ Ltd. y declaró la demanda arbitral como procedente según lo expuesto *Swiss International Arbitration Decisions* (2016).

La empresa X._____ Ltd., ahora recurrente, presentó una apelación civil con suspensión de aplicación y objeto de anular el laudo para que el tribunal suizo declarara que el tribunal arbitral de la ICC carecía de jurisdicción para resolver el conflicto. Después del desahogo de vista de la apelación y las manifestaciones de las partes, el Tribunal Federal Suizo resolvió admitiendo la apelación y anulando el laudo de jurisdicción emitido por el tribunal arbitral, así como también resolvió suspendiendo los procedimientos arbitrales entre la entidad

Y._____ S.p.A. y la empresa X._____ Ltd. hasta que completaran el procedimiento de conciliación de conformidad con el Reglamento ADR De la autoridad nominadora, se condenó a la entidad Y._____ S.p.A. el pago de los costes judiciales, siendo que dicha entidad también debía pagar a la empresa X._____ Ltd. por concepto de pago de procedimientos judiciales federales, resolución que debía ser notificada a los representantes de las partes y al presidente del tribunal arbitral de la *ICC International Chamber of Commerce* según cita *Swiss International Arbitration Decisions* (2016).

En Suiza, como en Estados Unidos de América (EUA) *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.* y en Inglaterra con el caso *Cable & Wireless Plc v. IBM United Kingdom Ltd.*, se puede ver una intención de los juzgadores de redirigir los conflictos hacia procedimientos con mayores probabilidades de tener éxito, es decir, que de acuerdo con las resoluciones de los juzgadores, se interpreta y concluye que buscan que las partes implementen el procedimiento, mecanismo o método de solución de conflictos que tenga una mayor probabilidad de lograr un acuerdo, respetando en todo momento lo establecido por las partes en la cláusula compromisoria, cláusula híbrida o cláusula escalonada.

En el presente caso, como en los casos de los EUA y de Inglaterra se puede observar como el juzgador opta y determina que los procedimientos ADR o MASC (por sus siglas en español) señalados como requisito o condición previa al arbitraje o litigio deberán ser llevados a cabo por las partes como intento de resolver los conflictos de buena fe y sin violentar las cláusulas pretendidas por las partes, lo cual implica no saltar u omitir lo que las mismas partes acordaron y suscribieron en el contrato, como lo sería omitir el procedimiento de conciliación antes de acudir a un arbitraje administrado por una autoridad nominadora.

En Suiza, el Tribunal Federal estableció y ordenó la suspensión del arbitraje hasta en tanto no se llevara a cabo la conciliación previata en los artículos de los contratos signados por las partes en materia de hidrocarburos o del sector energético, lo cual además de proteger y respetar el principio de *pacta sunt servanda*, permite dar una oportunidad a las partes de resolver sus

conflictos a través de un método de solución más flexible que el arbitraje. Cabe destacar, que en el caso *X._____ Ltd. v. Y._____ S.p.A.* (Case 4A_628/2015), se suspendió el arbitraje, más no se anuló, lo cual es un factor positivo puesto que en posteriores casos, si se tomase como precedente la citada resolución no se anularía la totalidad del arbitraje celebrado sino que solamente se dejaría en suspensión hasta en tanto se finalizara el procedimiento de conciliación o de mediación, el cual de no generar un acuerdo entre partes, remitiría al procedimiento de arbitraje detenido y no implicaría una inversión de tiempo y dinero para las partes, cuestión favorecedora para las partes que, como comerciantes, implica menos costos económicos, de producción y de protección de relaciones comerciales con otras empresas, proveedores, compradores, distribuidores, por mencionar algunos ejemplos.

5.7 Tendencia de las cortes y tribunales respecto a las cláusulas escalonadas

Los criterios tomados por las cortes y tribunales son diversos, no se puede unificar y agruparlos en un mismo sentido puesto que las sentencias y fallos emitidos por las autoridades jurisdiccionales dependen de sus leyes aplicables, de las partes, de lo acordado por las mismas, del caso concreto y de los precedentes de cada autoridad dirimidora.

En conclusión podemos resumir que con el caso de *Aiton Australia Pty Ltd v. Transfield Pty Ltd.*, la Suprema Corte de Nueva Gales del Sur emitió resolución señalando que no hay una base legislativa que ordene el cumplimiento forzoso de las cláusulas MASC excepto las cláusulas arbitrales pero si se busca tener una cláusula de mediación de cumplimiento obligatorio, dicha cláusula debe tener declaración expresa de que la mediación es una condición precedente al arbitraje y la misma debe ser clara; el caso del *Instituto de Desarrollo Urbano-IDU contra el Consorcio Lar* plasma como el Consejo de Estado de Colombia determina en sentencia emitida que la cláusula escalonada carece de validez puesto que las partes no pueden determinar los requisitos de procedibilidad si no es mediante disposición expresa de ley, por tanto, la jurisdicción del órgano arbitral, sea árbitro o sea tribunal arbitral, no dependerá del cumplimiento o incumplimiento de las etapas previas al arbitraje puesto que éstas no son

obligatorias ni conforman una condición indispensable para acudir al arbitraje; el caso *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc* se observa como la Corte de Distrito estadounidense determina que la mediación como condición precedente al arbitraje es obligatoria, lo cual incluye que las partes deban intentar resolver el conflicto mediante la mediación; en el caso de *Medissimo v. Logica*, la Corte de Casación francesa estableció el criterio de que si la cláusula MASC prevé una tentativa de solución amistosa de la disputa pero no contiene las especificaciones del procedimiento a implementar, no constituye un procedimiento obligatorio y que el incumplimiento de llevar a cabo el MASC se considera una causal de inadmisión de la demanda; en el caso *Cable & Wireless Plc v. IBM United Kingdom Ltd* la High Court de Inglaterra ordenó la suspensión del procedimiento judicial y reenviar a las partes al procedimiento MASC para que resolvieran sus conflictos aún y a pesar de que la cláusula no era clara y precisa puesto que existía una posibilidad de que el conflicto se resolviera sin necesidad de acudir al litigio; y por último, en el caso de *X. _____ Ltd. v. Y. _____ S.p.A. (Case 4A_628/201)*, el Tribunal Federal Suizo determinó la procedencia de la apelación y la anulación del laudo de jurisdicción (del tribunal arbitral), así como la suspensión del arbitraje hasta en tanto se complementara el procedimiento de conciliación previa al arbitraje entre la partes e incluso se condenó al pago de costes judiciales a cargo de unas de las partes.

Con lo anterior se observa que no hay uniformidad de criterios sino disparidad de los mismos al momento de resolver litigios respecto a la implementación de la cláusula escalonada e incluso se puede advertir como algunas autoridades jurisdiccionales están a favor de la implementación de MASC, tan es así que remiten a la partes a los procedimientos MASC sin que haya una determinación clara respecto al método a llevar a cabo, sea mediación, conciliación o arbitraje, sino que lo que se considera es la intención y buena fe de las partes de asentar en la cláusula ADR o cláusula MASC el objeto de resolver las disputas provenientes y relacionadas con el contrato en el que se encuentran insertas.

Es loable destacar también que el hecho de suspender el procedimiento de arbitraje o de litigio para remitir a las partes a celebrar una negociación, mediación o conciliación incrementa las probabilidades de resolver el conflicto suscitado puesto que la finalización del arbitraje y del litigio implican el cumplimiento obligatorio y forzoso de las resoluciones emitidas por los órganos competentes en cada caso, en tanto que la negociación, mediación y conciliación que generalmente se establecen como métodos alternos de solución de conflictos previos al arbitraje y el litigio permiten que las partes negocien con libertad y flexibilidad al no existir una formalidad determinada a seguir más que la que las partes establezcan entre sí.

CAPÍTULO 6: LA CLÁUSULA MED-ARB Y LOS PROCEDIMIENTOS O MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL SECTOR ENERGÉTICO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La celebración de métodos alternos de solución de conflictos en el sector energético se consideraba poco común, puesto que como menciona Gómez Ruano (2015) la participación de entidades y organismos públicos mexicanos en arbitrajes era reciente y las normativas eran deficientes, al grado que aunque las leyes contemplaran la figura del arbitraje, éste no era operativo debido a que se sujetaba a su vez por reglas generales de entidades de gobierno que nunca fueron emitidas, tal es el caso de que la propia Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras y Servicios Relacionados con las Mismas preveían el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, sin embargo, al también estar dicho mecanismo sujeto a las reglas generales de la Secretaría de la Función Pública y la previa opinión de la Secretaría de Economía que nunca fueron emitidas, quedaba en estado no operativo como cita Gómez Ruano (2015).

Asimismo, Gómez Ruano (2015) menciona como con las reformas del 2009 a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y a la Ley de Obras y Servicios Relacionados con las Mismas se eliminaron las reglas generales de secretarías gubernamentales, en tanto que en el 2012 se eliminó la especificación que solamente los contratos de prestación de servicios a largo plazo eran sujeto de someterse a arbitraje, excluyendo de manera expresa la rescisión administrativa y la terminación anticipada del contrato de la sujeción a dicho método alternativo. Inclusive en el año 2012, la Ley de Asociaciones Público Privadas y su reglamento previeron como método alternativo de solución de conflictos al arbitraje, exceptuando “la revocación de concesiones, autorizaciones en general, actos de autoridad y la validez legal de cualquier acto administrativo” (Gómez Ruano, 2015, pág. 192).

Como se mencionó en el capítulo 1, en el apartado de antecedentes, actualmente con la Reforma Energética publicada el 20 de diciembre de 2013 y que a su vez entró en vigor el 21 de diciembre de 2013 según Barrientos del Monte & Añorve Añorve (2014) se modificaron los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), con los cuales se abrió el acceso a la iniciativa privada a través asignaciones, contratos, permisos y concesiones según Vargas (2015), sin embargo, no solamente se permitió aperturar el comercio y las relaciones comerciales de particulares con empresas productivas del estado en el sector energético sino que también se permitió la introducción de los MASC en las disputas que de este sector energético emanen, lo cual estaba previsto con la reforma constitucional de 2008 mencionada en el capítulo 2, con la cual se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Carta Magna y que cambiaron el paradigma jurídico al permitir la implementación de MASC en las legislaciones mexicanas.

En el presente capítulo se abordará la previsión de métodos alternos de solución de conflicto en las diversas legislaciones federales del sector energético, tanto en las cláusulas contractuales como en los manuales y procedimientos establecidos por cuerda separada con el objeto de establecer el tema de fondo en la situación jurídica mexicana actual y proyectar hacia donde se dirige la implementación de MASC en el sector energético.

6.1 Métodos alternos de solución de conflictos contemplados en las leyes federales del sector energético de los Estados Unidos Mexicanos.

Las principales leyes federales que fueron publicadas posteriormente a la reforma energética del 2013 fueron la Ley de Hidrocarburos, la Ley de la Industria Eléctrica y la Ley de Petróleos Mexicanos según Vargas (2015), leyes federales que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014 como se mencionó en el capítulo 1 de antecedentes, en las cuales se prevén diversas formas de solución de conflictos, las cuales se describirán a continuación.

La Ley de Hidrocarburos publicada mediante decreto en el el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014, prevé la regulación del reconocimiento, exploración y extracción de hidrocarburos; el tratamiento, refinación, enajenación, comercio, transporte y almacenamiento de petróleo; el procesamiento, transporte, almacenamiento, forma de distribución, comercio y expendio de gas natural al público; la transportación, almacenamiento, distribución, comercio y expendio de petrolíferos al público; y la transportación por ducto, incluyendo el almacenamiento de petroquímicos vinculado a ductos según el artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos aprobada por el H. Congreso de la Unión (2014).

La Ley de Hidrocarburos además de replantear la propiedad de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos (EUM) sobre todos y cada uno de los hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo del territorio nacional, plataforma continental y la zonas económicas exclusivas, e incluso especificar de manera expresa que la Nación será la encargada de explorar y extraer los hidrocarburos de conformidad con los artículos 1 y 3 de la Ley de Hidrocarburos, determina la inclusión de “medios alternativos de solución de conflictos” en diversos dispositivos de la legislación.

Primeramente, el artículo 19 de la Ley de Hidrocarburos describe las cláusulas que deben tener los contratos para la exploración y extracción regulados bajo dicho ordenamiento normativo, entre las cuales destaca la fracción “XII. La solución de controversias, incluyendo los medios alternativos de solución de conflictos” (H. Congreso de la Unión, 2014), con lo cual se advierte que de manera forzosa se busca que las partes lo prevéan dentro de sus contratos métodos alternos de solución de conflictos, sin mencionar que el litigio o el sometimiento a tribunales y órganos jurisdiccionales sea la manera por excelencia de solucionar controversias surgidas en relación a los contratos antes precisados.

En segundo lugar, el artículo 21 de la referida Ley de Hidrocarburos menciona que las controversias referidas a contratos de exploración y extracción pueden prever “mecanismos alternativos” para solucionarse e incluso también refiere que se pueden prever acuerdo

arbitrales de conformidad con el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, ordenamiento jurídico que regula el arbitraje en México, siguiendo también los lineamientos y directrices de los tratados internacionales de los que México sea parte. El referido artículo 21 hace especial mención que las partes, tanto la Comisión Nacional de Hidrocarburos y los contratistas, no se someterán a leyes extranjeras sino que el arbitraje al que se sometan será según lo dispuesto por las leyes mexicanas, realizándose en idioma español y especificando que el laudo tendrá carácter obligatorio para las partes.

Aunque la Ley de Hidrocarburos contempla la celebración de métodos alternativos de solución de conflictos, existe una excepción de la aplicación de dichos métodos a los conflictos, la cual es cuando el Poder Ejecutivo, mediante la autoridad de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, rescinde administrativamente los contratos para la exploración y extracción por alguna de las causales señaladas en el artículo 20 de la Ley de Hidrocarburos, lo cual no es susceptible de ser sometido a arbitraje de conformidad con el numeral 21.

El artículo 20 en mención establece que la Comisión Nacional de Hidrocarburos deberá notificar al contratista la declaración de rescisión administrativa para que éste exponga lo que a su derecho convenga, sin embargo, es la propia Comisión la que después del plazo establecido en el dispositivo legal resolverá si el contrato será o no rescindido administrativamente, lo cual permite concluir que dichos actos administrativos de rescisión administrativa y terminación anticipada del contrato se siguen permitiendo exclusivamente en lo que respecta a la autoridad administrativa, en este caso al Ejecutivo Federal, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos.

En lo concerniente a la Ley de la Industria Eléctrica, dicho ordenamiento jurídico se encarga de “regular la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional, el Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica y las demás actividades de la industria eléctrica” (H. Congreso de la Unión, 2014). Entre las actividades reguladas por la Ley de la Industria Eléctrica se encuentran la generación, transmisión, distribución y comercio de la

energía eléctrica, así como la planeación y control del Sistema Eléctrico Nacional, e incluso la operación del Mercado Eléctrico Mayorista según determina el artículo 2 de la ley en comento.

El artículo 73 de la Ley de la Industria Eléctrica prevé la negociación entre propietarios o titulares de terrenos, bienes o derechos en lo concerniente a la contraprestación, términos y condiciones para el uso, goce o afectación de terrenos, bienes o derechos necesarios para la realización de las actividades de transmisión y distribución de energía eléctrica. El proceso de dicha negociación se especifica en el artículo 74 de la ley en mención, haciendo resaltar que en la fracción VIII se señala de manera expresa que la contraprestación, términos y condiciones pactados para la adquisición, uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos deben constar en un contrato por escrito, sujetándose a lineamientos y modelos contractuales emitidos por la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, en conjunto con la Secretaría de Energía, modelos que deben contener los derechos y obligaciones de las partes, e incluso “posibles mecanismos de solución de controversias” (H. Congreso de la Unión, 2014).

Ahora bien, en el artículo 79 de la Ley de la Industria Eléctrica se prevé el supuesto de que si la negociación no se alcanza dentro de 180 días naturales, el interesado puede solicitar la constitución de servidumbre ante el Juez de Distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente o, en su defecto, solicitar la mediación de las modalidades de adquisición, uso, goce o afectación de terrenos, bienes o derechos, y la contraprestación correspondiente. Cabe hacer mención que el artículo 80 describe la mediación, sin embargo, no es precisa al señalar términos o plazos para llevar a cabo la mediación, sino que solamente se avoca a mencionar que la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y urbano escuchará a las partes y hará sugerencias de la modalidad de adquisición, uso, goce o afectación que logre conciliar los intereses y pretensiones de las partes de conformidad con el proyecto propuesto, buscando que las partes logren una solución a través de la comunicación voluntaria.

Si bien la Ley de la Industria Eléctrica prevé la negociación entre propietarios o titulares de terrenos, también resulta deficiente la redacción de los legisladores de la ley en mención

puesto que solamente habla de una negociación que deberá llevarse a cabo dentro de 180 días naturales, sin embargo, no describe en qué otras controversias pueden implementarse otros MASCS, lo cual es deficiente para la aplicación de dichos mecanismos puesto que no hay lineamientos específicos, claros y concisos a seguir, dejando lagunas jurídicas para los propietarios o titulares que celebren contratos de uso, goce o afectación de terrenos, bienes o derechos necesarios para actividades de transmisión y distribución de energía eléctrica.

En cuanto a las leyes de las empresas productivas del Estado, la Ley de Petróleos Mexicanos tiene como objeto regular la “administración, funcionamiento, operación, control, evaluación y rendición de cuentas de la empresa productiva del estado denominada Petróleos Mexicanos” (H. Congreso de la Unión, 2014), además de regular la exploración y la extracción de petróleo y carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, además de la recolección, venta y comercialización de dichos productos según el artículo 5 de la referida ley, además de regular la transformación, transporte, almacenamiento, distribución, comercio, importación y exportación de hidrocarburos y petróleo; el procesamiento de gas, y actividades de la petroquímica; el desarrollo de proyectos de ingeniería, investigación, supervisión, prestación de servicios, y las actividades concernientes a la exploración y extracción a precio de mercado; la investigación, desarrollo e implementación de fuentes de energía diversas a los hidrocarburos, la generación y comercio de energía eléctrica; la investigación de la industria petrolera, petroquímica y química, el comercio de productos y servicios de tecnología derivados de la investigación; el aprovechamiento y administración de inmuebles, propiedad industrial y tecnología; el comercio de productos fabricados propiamente; la adquisición y participación de acciones de sociedades según define el H. Congreso de la Unión (2014).

Es loable mencionar que con la publicación de la nueva Ley de Petróleos Mexicanos del 2014, se estableció en el artículo 75 que las disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, así como las de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas ya no les son aplicables a las adquisiciones, arrendamientos, contrataciones de

servicios y obras de Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias sino que el Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos será quien emitirá las disposiciones a las cuales deben de sujetarse según mencionan los artículos 75 y 76 de la ley en cuestión, con lo cual se deja de lado lo expuesto por Gómez Ruano (2015), puesto que ahora Petróleos Mexicanos se encuentra regulada bajo un régimen normativo específico para dicha empresa productiva del estado.

En cuanto a la previsión de métodos alternos de solución de conflictos, la Ley de Petróleos Mexicanos menciona en su artículo 81 fracciones I y II que el fallo resultante de la adjudicación de contratos será impugnabile solamente mediante un recurso de reconsideración ante la instancia colegiada especificada por el Estatuto Orgánico de Petróleos Mexicanos de conformidad con el Reglamento de la Ley de Petróleos Mexicanos o mediante acción jurisdiccional ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, haciendo alusión que las demás resoluciones administrativas emitidas durante concurso abierto no son impugnables. Para entender lo anterior, es necesario mencionar que la propia ley establece que los actos desarrollados en los procedimientos de contratación serán de naturaleza administrativa hasta que se firme el contrato, entonces los actos derivados de éste serán de naturaleza privada regulándose bajo la legislación mercantil o la legislación común según menciona el artículo 80 de la ley en cita.

Ahora bien, el referido artículo 81 párrafo último de la Ley de Petróleos Mexicanos especifica que posteriormente a la adjudicación y firma del contrato, todo conflicto surgido relativo a su interpretación o cumplimiento será competencia de tribunales del Poder Judicial Federal, “salvo que se haya pactado un medio alternativo de solución de controversias” (H. Congreso de la Unión, 2014), con lo cual se puede advertir que aunque la ley en mención siga bajo una ideología jurisdiccional con una tendencia a que los propios juristas mexicanos resuelvan sobre el patrimonio nacional, se respeta el principio de *pacta sunt servanda* establecido por los contratantes, quienes al prever un MASC antes que la vía jurisdiccional aseguran que dicho

acuerdo sea respetado al menos cuando el contrato se torna de naturaleza privada, que es posterior a la firma del contrato.

Asimismo, el artículo 115 de la Ley de Petróleos Mexicanos establece en su párrafo segundo que tanto Petróleos Mexicanos como sus empresas productivas subsidiarias “podrán pactar medios alternativos de solución de controversias, cláusulas o compromisos arbitrales, en términos de la legislación mercantil aplicable y los tratados internacionales de los que México sea parte” (H. Congreso de la Unión, 2014), inclusive si los contratos surten efectos o se ejecutan fuera del territorio mexicano, Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias pueden pactar la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de autoridades juzgadoras extranjeras y la celebración de acuerdos arbitrales, con lo cual se permite que las partes tengan una mayor libertad al momento de someterse a métodos alternos para solucionar controversias, lo cual es un punto a favor para la apertura comercial de México a la iniciativa privada extranjera puesto que respeta el acuerdo entre partes y no obliga a que las partes se sometan a la jurisdicción de tribunales federales mexicanos.

Por último, la Ley de la Comisión Federal de Electricidad tiene por objeto regular la “organización, administración, funcionamiento, operación, control, evaluación y rendición de cuentas de la empresa productiva del Estado Comisión Nacional de Electricidad” (H. Congreso de la Unión, 2014), además de que se encarga del establecimiento del régimen especial en materia de empresas productivas subsidiarias y de empresas filiales, remuneraciones, adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras, bienes, responsabilidades, dividendos estatales, presupuestos y deudas según menciona el artículo 1.

Como objeto público, el artículo 5 de la Ley en comento menciona que la Comisión Federal de Electricidad puede realizar actividades de generación, comercio, importación y exportación de energía eléctrica y productos asociados; importación, exportación, transportación, almacenamiento, compra y venta de gas natural, carbón y demás combustibles; el desarrollo de proyectos de ingeniería, investigación, realización de actividades geológicas y geofísicas,

supervisión y prestación de servicios a terceros que se encuentren vinculados a la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica; la investigación y desarrollo de fuentes de energía; la investigación y desarrollo de tecnologías para actividades realizadas en la industria eléctrica; incluyendo el aprovechamiento y administración de inmuebles, propiedad intelectual y tecnología para la prestación de servicios adicionales como la construcción, arrendamiento, mantenimiento y telecomunicaciones; y la adquisición, tenencia y participación accionaria de sociedades similares con un objeto propio.

Es relevante hacer mención de que la Ley de la Comisión Federal de Electricidad es similar a la Ley de Petróleos Mexicanos pues que aunque no tengan el mismo objeto de prestación de servicios y bienes, tienen un mismo carácter y estructura de empresa productiva del Estado, por tanto, sus disposiciones y reglas tienden a ser similares al ser consideradas por la administración pública federal con el mismo régimen jurídico. Por consecuencia, es menester mencionar también que el artículo 77 de la Ley de la Comisión Federal de Electricidad establece que las disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y lo dispuesto en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas tampoco les son aplicables a las adquisiciones, arrendamientos, contrataciones de servicios y obras de la Comisión Federal de Electricidad y sus empresas productivas subsidiarias sino que el Consejo de Administración de la Comisión Federal de Electricidad será el órgano que emitirá las disposiciones a las cuales deben de apegarse según mencionan los artículos 77 y 78 de la ley citada, con lo cual se reitera que tanto la Comisión Federal de Electricidad como Petróleos Mexicanos, como empresas productivas del Estado, están regulada bajo un régimen normativo específico.

En lo concerniente a los métodos alternos de solución de conflictos previstos por la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, el artículo 83 fracciones I y II mencionan que el fallo resultante de la adjudicación de contratos será impugnado solamente mediante un recurso de reconsideración ante la instancia colegiada especificada por el Estatuto Orgánico de la

Comisión Federal de Electricidad de conformidad con el Reglamento de la Ley de la Comisión Federal de Electricidad o mediante acción jurisdiccional ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en atención que las demás resoluciones administrativas emitidas durante concurso abierto no son impugnables. Lo cual es similar a lo establecido por la propia Ley de Petróleos Mexicanos que determina que los actos desarrollados en los procedimientos de contratación serán de naturaleza administrativa hasta en tanto no se firme el contrato, puesto que posterior a la firma del contrato, los actos derivados tendrán naturaleza privada teniendo como regulación la legislación mercantil o la legislación común de conformidad con lo expuesto en el artículo 82 de la Ley de la Comisión Federal de Electricidad.

Así también, el párrafo último del referido artículo 83 de la Ley de la Comisión Federal de Electricidad señala que después de la adjudicación y firma del contrato, toda controversia surgida relativa a su interpretación o cumplimiento del contrato será competencia de los tribunales del Poder Judicial Federal, con la excepción de que las partes hayan acordado realizar algún medio alternativo de solución de controversias, cuestión que respeta también el principio jurídico de *pacta sunt servanda* perfeccionado al momento en que las partes acuerdan dichos medios y son precisamente las partes, quienes al preferir la celebración de un MASC sobre la vía jurisdiccional o los litigios, aseguran que dicho pacto sea respetado y eficaz cuando el contrato tiene el carácter de acuerdo privado, lo cual como ya se mencionó con antelación es cuando los contratos se encuentran adjudicados y firmados según el artículo 83 de la ley en mención.

Al igual que el artículo 115 de la Ley de Petróleos Mexicanos, el párrafo segundo del dispositivo 118 especifica que la Comisión Federal de Electricidad y sus empresas productivas subsidiarias pueden pactar “medios alternativos de solución de controversias, cláusulas o compromisos arbitrales” (H. Congreso de la Unión, 2014), refiriendo que si los contratos referidos surten efectos o se ejecutan fuera del territorio nacional, la Comisión Federal de Electricidad y sus empresas productivas subsidiarias pueden optar por aplicar el derecho extranjero, la

jurisdicción de tribunales extranjeros y la celebración de acuerdos arbitrales, con lo cual se otorga la potestad a las partes de tener libertad de elegir el mecanismo al cual se someterán en caso de suscitarse un conflicto, cuestión que propicia al comercio internacional y a los particulares extranjeros pues bien respeta lo pactado entre los contratantes y no limita el sometimiento de conflictos y disputas a la jurisdicción de tribunales federales mexicanos.

Si bien las leyes federales creadas como consecuencia de la reforma constitucional del 2013 prevén la implementación de métodos alternos de solución de conflictos de diversas maneras, también existen procedimientos establecidos fuera de dichas leyes federales, como los que se encuentran en reglamentos, manuales, bases del mercado, además de los estipulados y previstos en decretos que regulan la resolución de disputas en la Administración Pública de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual se verá a continuación.

6.2 Procedimientos y manuales de métodos alternos de solución de conflictos del sector energético de los Estados Unidos Mexicanos.

Con la publicación de la Ley de Hidrocarburos²⁰ en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014 se establecieron nuevas formas de contratación en la materia y on ellas, nuevas formas de resolución de conflictos como lo es la mediación sobre formas o modalidades de adquisición, uso, goce o afectaciones de terrenos, bienes o derechos, incluyendo la contraprestación correspondiente para las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos.

²⁰ Ciudad de México. Ley de Hidrocarburos. Diario Oficial de la Federación, de 11 de agosto de 2014, tomo DCCXXXI núm. 8, Segunda Sección-Vespertina pp. 1-54. [Consultado noviembre 2016]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LHidro_151116.pdf

Para regular la Ley de Hidrocarburos, el 31 de octubre de 2014 se publicó el Reglamento de la Ley de Hidrocarburos²¹ en el Diario Oficial de la Federación, el cual en su artículo 76 y su artículo transitorio décimo segundo determinó que la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano sería la responsable de emitir los lineamientos que regularan la mediación citada, procedimiento alternativo a celebrar cuando la negociación fracase en contratos para el uso, goce o afectación de terrenos, bienes o derechos necesarios para la exploración y explotación de hidrocarburos, procedimientos de solución de conflictos previstos por los artículos 10, 101 y 106 fracción II de la Ley de Hidrocarburos.

En consecuencia, el día 12 de junio de 2015 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación los Lineamientos que Regulan el Proceso de Mediación sobre el Uso y Ocupación Superficial en Materia de Hidrocarburos²², con los cuales se establecieron las reglas de los procesos de mediación que se lleven a cabo entre asignatarios y contratistas con los propietarios o titulares de terrenos, bienes o derechos cuando existan conflictos sobre dichos terrenos, bienes o derechos, siempre y cuando no se logre un acuerdo de negociación entre las partes dentro de 180 días naturales según los artículos 100 y 106 fracción II de la Ley de Hidrocarburos.

Dichos lineamientos que regulan las modalidades de adquisición, uso, goce o afectación de terrenos, bienes o derechos necesarios para realizar a exploración y explotación establecen los pasos a seguir para que las partes puedan lograr un “acuerdo” como lo denomina el artículo 2 fracción I de los lineamientos que regulan el proceso de mediación. Los lineamientos, además de establecer los principios rectores de la mediación, señalan brevemente las conductas o formas deontológicas que debe seguir el mediador, aunado a la delimitación de los pasos a

²¹ Ciudad de México. Reglamento de la Ley de Hidrocarburos. Diario Oficial de la Federación, de 31 de octubre de 2014, tomo DCCXXXIII núm. 25, Cuarta Sección pp. 16-38. [Consultado febrero 2017]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LHidro.pdf.

²² Ciudad de México. Lineamientos que Regulan el Proceso de Mediación sobre el Uso y Ocupación Superficial en Materia de Hidrocarburos. Diario Oficial de la Federación, de 12 de junio de 2015, tomo DCCXLI núm. 10, Primera Sección pp. 69-72. [Consultado febrero 2017]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5396528&fecha=12/06/2015

seguir por las partes para llegar finalmente a un acuerdo que logre incluir los intereses de las partes para proponer una solución comúnmente aprobada.

Primeramente el asignatario o contratista podrá presentar una solicitud de mediación posteriormente a los 180 días naturales de la negociación en la cual no se llegó a una solución, plazo que se contabilizará a partir de la notificación realizada al titular o propietario del terreno, bienes o derechos según menciona el artículo 7 de los lineamientos. Dicho dispositivo menciona también que la solicitud deberá ser presentada ante la oficialía de partes de la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, ya sea en la oficina central en el Distrito Federal o en alguna de sus delegaciones en el interior del territorio nacional mexicano, dependencias que la remitirán a la “Unidad de Utilización del Suelo para Proyectos en Energía e Inversiones Físicas de los Fondos Mineros” (Unidad), sin especificar el término que tiene la Secretaría para remitir la solicitud de mediación.

Aunque los lineamientos determinen los requisitos que deberá contener la solicitud de mediación en el artículo 8, no se especifica el procedimiento de designación del mediador para cada caso según el artículo 9 de los lineamientos, así como tampoco se mencionan los requisitos que debe tener el mediador, si éste pertenece a un padrón de la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano o de la Unidad de Utilización del Suelo para Proyectos en Energía e Inversiones Físicas de los Fondos Mineros, o si solamente son los propios administrativos que trabajan en la Unidad, si deben contar con una capacitación o si deben tener alguna certificación que avale sus capacidades y habilidades como mediadores.

Los artículos 10 y 11 de los lineamientos establecen la forma de llevar a cabo la primera convocatoria y la etapa preparatoria de la mediación, señalando que no se requiere de formalidad alguna para las convocatorias y notificaciones, pero que debe notificarse a las partes 8 días naturales antes de la fecha de celebración de la primera sesión. La etapa preparatoria se divide en la fase de inducción y de información, la fase de inducción versa sobre la orientación e información que el mediador debe de dar a las partes, especificando los

alcances y consecuencias de las disposiciones legales y haciendo mención de diversas opciones que la Ley de Hidrocarburos y su respectivo Reglamento prevén para solucionar el conflicto por la vía judicial o administrativa y es precisamente en la inducción cuando el mediador debe solicitar a las partes que expresen su consentimiento para continuar a una etapa de diálogos, asentando lo expresado en el acta respectiva.

Como parte de la etapa preparatoria, la fase de información permite que las partes expongan lo que a su derecho convenga, siendo los asignatarios o contratistas quienes expongan el proyecto energético, y los propietarios o titulares de terrenos, bienes o derechos quienes expongan su opinión al respecto, estableciendo una base para el procedimiento de mediación. Incluso los lineamientos aclaran que en esta fase se puede solicitar, por las partes o por el mediador, la cooperación de dependencias, instituciones u organismos de los 3 niveles de gobierno para que conforme a la ley informen, aclaren y respondan sobre la regulación o terminología técnica de las actividades a desarrollar a través del proyecto energético.

Posterior a la etapa preparatoria, las partes firman el “acuerdo de mediación”, con el cual se especificará y describirá la forma de llevar a cabo la mediación, los gastos, los lugares y horarios de las sesiones, así como los plazos y los documentos para el registro de la mediación de conformidad con el artículo 12 de los lineamientos.

La etapa de diálogos se distingue porque en las sesiones el mediador cuestionará y preguntará a las partes para identificar el conflicto y las posibles formas o modalidades de adquisición, uso, goce o afectación de terrenos, bienes o derechos, los cuales junto con los avalúos respectivos previstos por el artículo 107 de la Ley de Hidrocarburos realizará una propuesta del monto de contraprestación, lo cual incide con los principios de la mediación porque el mediador no puede proponer una solución a manera de imposición sino que las partes deben ser quienes la propongan por sí mismas, siendo el mediador un coadyuvante a este procedimiento. La mencionada propuesta se notificará a las partes posteriormente, quienes tendrán 30 días naturales para manifestarse conformes o no, siendo que el mediador tiene la

obligación de informar a la unidad el acuerdo de las partes conforme lo mencionan los artículos 14 y 15 respectivamente.

Sin embargo, el proceso de mediación puede fracasar y se entenderá por concluido si las partes se desisten, si en el plazo de 120 días naturales para llevar a cabo la mediación no se logra un acuerdo, si se alcanza el acuerdo o si no hay condiciones de seguridad para proseguir con la mediación a criterio del mediador, en el entendido que si la mediación concluye, el mediador lo debe de informar dentro de 5 días hábiles remitiendo la documentación de registro a la Unidad.

El lugar y el idioma de la mediación quedan sujetos al acuerdo de las partes según mencionan los artículos 19 y 20 de los lineamientos, siendo que las sesiones se deberán llevar a cabo dentro del territorio nacional con preferencia en las áreas influenciadas por los proyectos energéticos, en tanto que el idioma se determina que deberá ser en español, teniendo en consideración que si alguna de las partes solicita la participación de intérpretes o traductores por pertenecer a un pueblo o comunidad indígena, el mediador o la Unidad deberá requerir “el apoyo del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, o de las autoridades estatales en materia de pueblos o comunidades indígenas” (Diario Oficial de la Federación, 2015), con lo cual se puede advertir una inclusión por parte de la Administración Pública de comunidades indígenas, aunque se pone en disyuntiva la capacitación de los mediadores para llevar a cabo la resolución de conflictos donde desconocen el idioma de alguna de las partes pues si bien se trata de dialectos y lenguas indígenas, un mediador, que es una persona especializada en la materia a mediar, tendría que tener una certificación o capacitación básica de idiomas que las partes hablen, y si se trata de mediaciones que se lleven a cabo en los Estados Unidos Mexicanos (EUM), se considera que esa especificación no excluye a los mediadores neutrales de tener conocimiento de idiomas o lenguas diversas puesto que no se puede generalizar tampoco que todos o la mayoría de los asignatarios o contratistas, que pueden ser inversionistas extranjeros, hablan el idioma español, por tanto, es relevante que la Secretaría de Desarrollo Agrario,

Territorial y Urbano emita lineamientos y requisitos que los mediadores deban cumplir para poder llevar a cabo mediaciones equitativas, justas e imparciales para ambas partes, en el entendido que el idioma y la comunicación son imprescindibles en la mediación.

En cuanto a la designación de mediadores, el artículo 18 de los lineamientos establece que el mediador será designado mediante oficio emitido por el Secretario de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, lo cual deja en incertidumbre de la transparencia del proceso de designación puesto que no se aclara si los mediadores deberán contar con una certificación y si éstos deberán formar parte de un listado o agrupación oficial avalada por la Administración Pública Federal o el Poder Judicial de la Federación, aprobaciones que permiten que las partes, tanto asignatarios o contratistas, como propietarios y titulares de terrenos, bienes o derechos, tengan seguridad jurídica y puedan inconformarse al respecto teniendo claro y pleno conocimiento de los preceptos legales y los procedimientos jurídicos que les fueron aplicados o de los que fueron sujetos.

Si bien la mediación sobre las formas o modalidades de adquisición, uso, goce o afectación de terrenos, bienes o derechos para la exploración y explotación de hidrocarburos es una medida alterna y secundaria a la negociación que prevé el artículo 100 y 101 de la Ley de Hidrocarburos, no debe descuidarse el establecimiento de los lineamientos de dicho método alternativo de solución de conflictos puesto que la falta de determinación y descripción de las leyes, normas y decretos pueden provocar que se violente el Principio de Legalidad previsto en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), de tal manera que las autoridades administrativas puedan conducirse a su libre albedrío sin apegarse a lo estricto y expresamente establecido por la ley al no ser claramente redactada la ley, normas o lineamientos, con lo cual se deja en estado de indefensión jurídica a las partes, sean asignatarios o contratistas, propietarios o titulares de terrenos, bienes o derechos. Se considera necesaria una modificación a dichos lineamientos a efecto de que la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano especifique con mayor exactitud los procedimientos

de designación de mediadores, las formas de notificación y documentación de registros, los plazos para llevar a cabo las etapas y fases establecidas en la mediación, así como la capacitación o certificación de mediadores.

En lo concerniente a propuestas para impulsar la utilización e implementación de otros métodos alternos, el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) ha establecido que las leyes deberán prever mecanismos alternativos de solución de controversias pero incluso, antes de la reforma a dicho dispositivo jurídico, algunas legislaciones ya prevén la conciliación o los convenios como medios de solución alterna, solamente que las dependencias, entidades de la Administración Pública Federal y empresas productivas del Estado suelen acudir a la vía jurisdiccional aun y cuando existen presupuestos y probabilidades de obtener resoluciones desfavorables, cuestiones que alargan los juicios y litigios, aumentando los costos económicos para los particulares, los órganos jurisdiccionales y la Administración Pública según lo establece el Decreto por el que se establecen las acciones administrativas que deberá implementar la Administración Pública Federal para llevar a cabo la conciliación o la celebración de convenios o acuerdos previstos en las leyes respectivas como medios alternativos de solución de controversias que se susciten con los particulares²³ publicado el día 29 de abril de 2016 en el Diario Oficial de la Federación, decreto el cual establece un procedimiento para que las dependencias, entidades o empresas productivas del Estado y los particulares propongan medios alternativos de solución de controversias para resolver las disputas que surjan entre sí mismos, tal es el caso de la conciliación, el convenio o

²³ Ciudad de México. DECRETO por el que se establecen las acciones administrativas que deberá implementar la Administración Pública Federal para llevar a cabo la conciliación o la celebración de convenios o acuerdos previstos en las leyes respectivas como medios alternativos de solución de controversias que se susciten con los particulares. Diario Oficial de la Federación, de 29 de abril de 2016, tomo DCCLI núm. 23, Primera Sección pp. 92-97. [Consultado febrero 2017]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5435464&fecha=29/04/2016 .

los acuerdos siempre que se lleve a cabo un análisis que determine los riesgos, viabilidades y la procedencia de dichos medios alternos propuestos.

Los conflictos entre las dependencias, entidades o empresas productivas del Estado y los particulares se clasifican conforme a lo dispuesto en el artículo quinto del decreto que menciona que los medios alternativos previstos pueden ser de carácter administrativo cuando los convenios que pongan fin a la disputa se formalicen y se suscriban ante una sede administrativa, o jurisdiccionales cuando los convenios logrados se formalicen y suscriban ante instancias jurisdiccionales competentes.

De conformidad con el artículo séptimo, las unidades administrativas o áreas de las dependencias, entidades o empresas productivas del Estado responsables de la defensa jurídica (UAJ) son las encargadas del análisis de los asuntos en los cuales es factible celebrar un medio alternativo de solución de controversias, sin embargo, las áreas o unidades administrativas de las dependencias, entidades o empresas productivas del Estado (áreas requirientes) y los particulares pueden sugerir el análisis de asuntos en procedimientos o litigios que son susceptibles de resolverse a través de un método alternativo. Si el área requiriente o el particular solicitan que la UAJ analice un expediente o asunto, ambos deberán allegar una propuesta de convenio realizada por el propio solicitante, la cual deberá contener los términos y condiciones propuestos según los artículos séptimo y octavo, último artículo que aclara que las solicitudes realizadas no influyen en procedimientos o litigios ya iniciados, así como tampoco tienen carácter vinculante para la administración pública sino hasta que se firme el convenio respectivo e incluso el dictamen negativo de la UAJ no prohíbe que las partes puedan llevar a cabo la conciliación. Lo anteriormente mencionado establece que la solicitud de análisis de un asunto susceptible de conciliarse no interrumpe la secuela procesal del procedimiento o litigio del que forme parte el asunto, así como que la propuesta de convenio no incide en el asunto hasta en tanto no sea suscrito por las partes involucradas, lo cual indica que es un procedimiento externo, mediante el cual las partes buscarán una solución entre ellas

mismas que no implique una inversión mayor de tiempo y dinero, previo un análisis de factibilidad del mecanismo alterno.

Ahora bien, los dictámenes técnicos de la UAJ deben estar provistos de antecedentes del procedimiento, un análisis de posibilidades y riesgos para las dependencias, entidades y empresas productivas de Estado de obtener resoluciones desfavorables, el cálculo de los costos-beneficios de celebrar un mecanismo alterno, incluyendo gastos y costas de seguir el procedimiento o juicio, la opinión técnica favorable del área requiriente junto con el análisis de la propuesta de convenio si es el caso, el análisis de la propuesta de convenio del particular si es el caso, la fecha límite para comenzar el método alterno de solución de conflictos, y la firma del titular de la UAJ según lo especifica el artículo noveno. Si el dictamen técnico-jurídico de la UAJ es favorable, éste se remitirá al titular de los órganos internos de control dependientes de la Secretaría de la Función Pública o al Titular de las Auditorías Internas y Unidades de Responsabilidades de las empresas productivas del Estado (OIC) junto con la propuesta de convenio, de lo contrario, la UAJ comunicará al particular dentro de los 10 días hábiles posteriores a la emisión del dictamen.

Recibida la documentación del procedimiento junto con el dictamen técnico, el titular de la OIC emitirá su opinión respecto a las responsabilidades administrativas dentro de 5 días hábiles señalando la procedencia de celebrar el método alterno propuesto, si la OIC determina que no se advierten responsabilidades para servidores públicos al llevar a cabo el mecanismo, remitirá el expediente, dictamen y opiniones a las unidades administrativas o áreas de las dependencias, entidades o empresas productivas del Estado responsables de procesos de programación y presupuesto (DGPP) para el respectivo dictamen presupuestario, en cambio si la opinión observa probables responsabilidades, riesgos o perjuicios, se comunicará a la UAJ para que el método alterno de solución de conflictos no se lleve a cabo según lo estipula el artículo décimo.

El dictamen presupuestario le corresponde a la DGPP, quien señalará la disponibilidad de celebrar el método alterno en términos y condiciones de la propuesta de convenio, lo cual se remitirá a la UAJ y a la OIC pero si el presupuesto resultase insuficiente, la UAJ podrá continuar con el procedimiento o juicio según el artículo décimo primero, pero si se aprobase el dictamen presupuestario, la UAJ podrá notificar al particular el dictamen y la propuesta de convenio para que dentro de 10 días hábiles realice manifestaciones, si éstas fueren de conformidad la UAJ someterá el convenio propuesto a la autorización del titular de la dependencia, entidad o empresas productiva del Estado para después citar al particular a la suscripción del convenio, pero si por el contrario, el particular no está conforme, la UAJ puede remitir las contrapropuestas del particular a la OIC y a la DGPP para su nueva aprobación, o incluso continuar con el procedimiento o juicio sin acudir al método alterno según lo establecen los artículos décimo segundo y décimo tercero. Es necesario hacer la aclaración que con lo antes expuesto se puede advertir como el decreto tiene una tendencia de promover los métodos alternos de solución de conflictos siempre y cuando beneficien en mayor medida a los asuntos de la administración pública, a través de sus dependencias, entidades y empresas productivas del Estado, puesto que incluso cuando la solicitud de conciliación o de acuerdo junto con su propuesta de convenio hayan sido aprobadas por el dictamen técnico-jurídico de la UAJ, por la opinión de responsabilidades administrativas de la OIC y por el dictamen presupuestario de la DGPP, pero el particular no está conforme, la UAJ tendría que remitir las contrapropuestas del particular de nueva cuenta para que la OIC y la DGPP las aprueben, teniendo en mayor consideración lo expuesto por las autoridades administrativas, que vienen siendo los propios órganos y unidades de las dependencias, entidades o empresas productivas del Estado, quienes fungen como juez y parte en la conciliación o convenios que se propongan.

Así también, el decreto establece en el artículo décimo cuarto que los servidores públicos no deban intervenir en el proceso y tengan un impedimento para celebrar el método alterno de solución de conflictos se excusen de su conocimiento por tener conflicto de interés sea por relación laboral, patrimonial o parentesco, lo cual sucede también en la vía jurisdiccional

donde los juzgadores deben excusarse de conocer asuntos donde tengan un conflicto de interés que no les permita tener un criterio objetivo y resolver el litigio, siendo que una vez que se suscriba el convenio, el artículo décimo quinto señala que la UAJ debe remitir copia con firmas autógrafas a la autoridad administrativa o jurisdiccional para que ésta concluya el procedimiento de o litigio.

En lo que respecta a las consecuencias y acciones derivadas del decreto, el artículo transitorio segundo establece que dentro de 90 días naturales la Secretaría de la Función Pública deberá remitir los criterios generales que los OIC deben considerar al emitir su opinión en materia de responsabilidades administrativas, criterios que fueron emitidos el 28 de julio de 2016 en el Diario Oficial de la Federación bajo el título Criterios generales para emitir opinión en materia de responsabilidades a efecto de determinar o no la procedencia para llevar a cabo los medios alternativos de solución de controversias, así como establecer los supuestos en los que puede actualizarse un conflicto de interés²⁴.

Así también, el artículo transitorio tercero menciona que los Consejos de Administración de las empresas productivas del Estado deben emitir lineamientos para celebrar medios alternativos de solución de controversias dentro de 60 días naturales, lo cual fue acatado y seguido por los Consejos de Administración de la Comisión Federal de Electricidad (CFE) y por Petróleos Mexicanos (PEMEX).

A efecto de seguir lo estipulado por el decreto del Diario Oficial de la Federación de 29 de abril de 2016, la CFE celebró una Sesión Extraordinaria No. 12 el día 21 de junio de 2016, donde su Consejo de Administración aprobó en su punto “II. 1 Lineamientos internos para llevar a cabo

²⁴ Ciudad de México. Criterios generales para emitir opinión en materia de responsabilidades a efecto de determinar o no la procedencia para llevar a cabo los medios alternativos de solución de controversias, así como establecer los supuestos en los que puede actualizarse un conflicto de interés. Diario Oficial de la Federación, de 28 de julio de 2016, tomo DCCLIV núm. 22, Primera Sección pp. 77-80. [Consultado febrero 2017]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5446024&fecha=28/07/2016

medios alternativos de solución de controversias en la Comisión Federal de Electricidad y sus Empresas Productivas Subsidiarias” (Consejo de Administración de la Comisión Federal de Electricidad, 2016). En los métodos alternos previstos por el Consejo de Administración de la CFE están la conciliación y los convenios según los lineamientos en comento, los cuales también definen los órganos y términos para aplicar el procedimiento descrito en el decreto de 29 de abril de 2016, donde cualquier área de la CFE o sus empresas productivas subsidiarias (áreas solicitantes) pueden proponer la resolución de controversias al área jurídica de la CFE, propuesta que dependerá del Dictamen Técnico-Jurídico del área jurídica, las Opiniones del Dictamen Técnico-Jurídico y el Dictamen Financiero de la Dirección de Finanzas.

Por su parte, PEMEX celebró Sesión 908 Extraordinaria el 10 de junio de 2016, donde su Consejo de Administración aprobó el punto “I.9 Lineamientos para ejercer los medios alternativos de solución de controversias para Petróleos Mexicanos y sus Empresas Productivas Subsidiarias” (Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos, 2016). En los citados lineamientos, se describen los términos y conceptos sobre los cuales versan los métodos alternos propuestos, incluyendo los supuestos en que proceden o no los métodos, aunado a la determinación y contenido del Dictamen Técnico Jurídico de la Dirección Jurídica, la Opinión de la Unidad de Responsabilidades, del Dictamen de presupuestal de la Dirección Corporativa de Finanzas, de la Autorización de la Dirección General por el Titular de Petróleos Mexicanos o la empresa productiva subsidiaria. Se establece también el tema de conflicto de intereses y la ejecución del convenio firmado después de la celebración de la conciliación o transacción judicial.

El procedimiento de método o mecanismo de solución de conflictos antes mencionado da una nueva perspectiva sobre la disponibilidad y apertura de la Administración Pública de los Estados Unidos Mexicanos para solucionar las controversias que se susciten entre ellas y los particulares, como es el caso de la CFE o de PEMEX, empresas productivas del Estado que de tener alguna disputa con un particular sobre un contrato que haya llegado a los tribunales jurisdiccionales, puede tener una alternativa de resolver la disputa por medio de conciliación

y al término de ésta notificarle el convenio logrado al tribunal para concluir el litigio por no existir litis a resolver. Sin embargo, es loable mencionar que dicha apertura, previsión e inclusión de métodos alternos de solución de conflictos se encuentra condicionada en su mayoría al análisis de la Administración Pública puesto que son las propias dependencias, entidades o empresas productivas del Estados las que fungirán como juez y parte en el análisis del asunto susceptible de resolverse por medio de conciliación o convenio, pues bien, la unidad administrativa responsable de la defensa jurídica de cada órgano de la Administración Pública, los órganos internos o las auditorías internas y unidades de responsabilidades, así como ñas unidades administrativas responsables de los procesos de programación y presupuesto de cada dependencia, entidad o empresa productiva del Estado son quienes tendrán el poder de decisión respecto a la procedencia o no de un método alternativo, lo cual se puede llegar a considerar como una parcialidad por no haber un tercero neutral que valúe la factibilidad y viabilidad de celebrar mecanismos alternos de solución de controversias.

Por último, deviene relevante mencionar el caso del sector eléctrico, que como parte del Sector Energético, establece normativas diferentes respecto a la implementación de métodos alternos de solución de conflictos, dentro de las cuales se establecen las Bases del Sector Eléctrico Mayorista y manuales para la solución de controversias como se verá a continuación.

Con la promulgación y publicación de la Ley de Energía Eléctrica en e Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014, se previó la necesidad de que se emitieran lineamientos para el Mercado Eléctrico, por lo cual la propia Ley de la Industria Eléctrica, en su artículo transitorio tercero, le otorgó por única vez la facultad a la Secretaría de Energía de emitir las Reglas del Mercado Eléctrico Mayorista, incluyendo las Bases del Mercado Eléctrico y las Disposiciones Operativas del Mercado.

En consecuencia, el día 8 de septiembre de 2015 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo por el que la Secretaría de Energía emite las Bases del Mercado Eléctrico²⁵, donde se establecieron las reglas y procedimientos que las partes deben llevar a cabo en la administración, operación y planeación del Mercado Eléctrico Mayorista, siendo que las partes incluyen tanto a los participantes del mercado las autoridades del mercado. Es loable destacar que dentro de las Disposiciones Operativas del Mercado se encuentran los Manuales de Prácticas del Mercado y se encargan de desarrollar los elementos de las Bases del Mercado Eléctrico, estableciendo procedimientos, reglas y directrices para la operación del Mercado Eléctrico Mayorista.

En la Base 19.3²⁶ se describe el procedimiento de solución de controversias entre el Centro Nacional de Control de Energía (CENACE) y los participantes del Mercado, o entre los propios participantes del mercado, aplicándose también el procedimiento de solución a los conflictos entre el CENACE y los transportistas o distribuidores e incluso entre los participantes del mercado y los transportistas o distribuidores.

Cuando las partes hayan pactado resolver sus conflictos a través de procedimientos para la solución de controversias previstos en la Base 19.3 y conforme al Manual de Prácticas del Mercado correspondiente, procederá de dicha manera siempre y cuando se trate de conflictos surgidos en autoridades y particulares, es decir, entre el Mercado Eléctrico Mayorista entre el CENACE y los participantes del mercado, o entre el CENACE y los transportistas o distribuidores, de los que se destacan controversias por estados de cuenta o facturas, cálculos de precios,

²⁵ Ciudad de México. Acuerdo por el que la Secretaría de Energía emite las Bases del Mercado Eléctrico. (Continúa en la Quinta Sección). Diario Oficial de la Federación, de 08 de septiembre de 2015, tomo DCCXLIV núm. 6, Cuarta Sección pp. 1-112. [Consultado febrero 2017]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5407715&fecha=08/09/2015

²⁶ Ciudad de México. Acuerdo por el que la Secretaría de Energía emite las Bases del Mercado Eléctrico. (Continúa de la Cuarta Sección). Diario Oficial de la Federación, de 08 de septiembre de 2015, tomo DCCXLIV núm. 6, Quinta Sección pp. 1-62. [Consultado febrero 2017]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5407717&fecha=08/09/2015

costos, instrucciones de control operativos, de suspensión o de restricción, falta de acceso al Sistema de Información del Mercado o la propia falta de información de dicho sistema, controversias de procesos de conexión e interconexión al Sistema Eléctrico Nacional, conflictos en valuación de costos, acciones u omisiones de CENACE relacionadas con la operación del Mercado, entre otros conflictos.

El procedimiento de solución de controversias es substanciado por el CENACE, siendo que las controversias se pueden plantear en el plazo máximo de 12 meses contados desde que una de las partes tuvo conocimiento del acto que inició el conflicto, para resolverse en el plazo de 10 días hábiles a partir de que la controversia fue planteada. De ser necesario el CENACE puede solicitar información adicional dentro de 5 días hábiles contados a partir de la presentación de la controversia según la Base 19.3.2 inciso b). El CENACE puede emitir una resolución ratificando el acto, rectificando el acto o desechado la controversia, sin embargo, las partes pueden recurrir a un método de solución de conflictos como la mediación, revisión por panel de expertos y arbitraje, o en su defecto, interponer recurso de revisión ante la Comisión Reguladora de Energía (CRE), la cual emitirá el fallo definitivo.

Además de los procesos de solución de controversias, el Comité de Evaluación del CENACE y del Mercado puede conocer de las controversias de la Base 19.3.2 y emitir recomendaciones al Consejo de Administración del CENACE.

Es relevante destacar que, en los conflictos del Mercado Eléctrico Mayorista que se susciten entre particulares, es decir, entre los mismos participantes del mercado, o entre los participantes y transportistas o distribuidores, el procedimiento será acorde al Manual de Prácticas del Mercado correspondiente según lo menciona la Base del Mercado Eléctrico 19.3.3, siendo este el Manual de Solución de Controversias, el cual también establece de manera clara que el CENACE y la CRE no pueden participar en dicho procedimiento.

Según la referida Base del Mercado Eléctrico 19.3.3, cualquiera de los participantes del mercado podrá plantear la controversia, la cual se someterá a mediación de buena fe dentro del plazo de 5 días hábiles, de fracasar la mediación se procederá a someter la controversia a un panel de expertos, pero si la controversia tampoco se resuelve, será sometida a un tribunal arbitral o a la vía jurisdiccional, lo cual dependerá de la naturaleza de la controversia y del acuerdo previo de las partes.

Posteriormente a la emisión de las Bases del Mercado Eléctrico, el día 16 de marzo de 2016 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo por el que se emite el Manual de Solución de Controversias²⁷, en el cual se describen y desarrollan las reglas y procedimientos para solucionar controversias surgidas entre los participantes de la Industria Eléctrica según la Ley de la Industria Eléctrica y las Bases del Mercado Eléctrico de conformidad con el numeral 1.2.1 del manual.

El referido Manual de Solución de Controversias establece en su punto 2.1.1 que el Comité para la Solución de Controversias, órgano de gobierno de la Comisión Reguladora de Energía (CRE), es el único órgano que puede resolver conflictos derivados de la interpretación y aplicación del Manual de Solución de Controversias, las Bases del Mercado Eléctrico y las Disposiciones Operativas del Mercado, siempre y cuando los conflictos sean entre el CENACE y los participantes del mercado, o entre el CENACE y los transportistas o distribuidores según los puntos 2.1.1 y 2.1.2, siendo que dicho comité también es el encargado de resolver los recursos de revisión relacionados con las controversias mencionadas.

Respecto a las controversias entre el CENACE y los particulares del mercado, transportistas o distribuidores, se estipulan la reconsideración, la reconsideración informada, el análisis de

²⁷ Ciudad de México. Acuerdo por el que se emite el Manual de Solución de Controversias. Diario Oficial de la Federación, de 16 de marzo de 2016, tomo DCCL núm. 12, Segunda Sección pp. 17-44. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5430145&fecha=16/03/2016

experto independiente o panel de expertos, el arbitraje y el recurso de revisión ante la CRE como métodos de solución de conflictos.

De acuerdo con el numeral 3.2 del Manual de Solución de Conflictos del Mercado Eléctrico, la reconsideración se promueve ante el CENACE cuando surjan los conflictos mencionados en la Base del Mercado Eléctrico 19.3.2, sin la necesidad de promover otros procedimientos o procesos jurisdiccionales. La controversia la puede plantear una de las partes dentro del plazo máximo de 12 meses contados a partir de que alguna de las partes tuvo conocimiento de la controversia, el CENACE puede requerir información adicional a las partes dentro del plazo de 5 días hábiles posteriores a la generación de acuse de recibido de la controversia, teniendo 10 días a partir del planteamiento de la controversia para resolver la misma según lo establece el punto 3.2.3, incisos del a) al d) del Manual de Solución de Controversias.

La resolución puede ratificar, rectificar o desechar el acto, sin embargo, las partes pueden solicitar el inicio de la reconsideración informada, someter el conflicto al análisis de un experto independiente, a un procedimiento jurisdiccional, al arbitraje o interponer un recurso de revisión ante el Comité de la Comisión Reguladora de Energía (CRE) de conformidad con el punto 3.2.4 y 3.2.6 del manual.

En el caso de la reconsideración informada, y de conformidad con el dispositivo 3.3.1 del manual en mención, este método puede ser promovido por cualquiera de las partes en contra de las resoluciones de la reconsideración, debiendo presentarse dentro de 5 días posteriores a la fecha de finalización de reconsideración y notificación de las partes de la resolución de reconsideración conforme lo señala el numeral 3.3.4 inciso b).

Una vez que acuerden las partes el inicio del procedimiento, deberán designar un tercero independiente que conduzca el procedimiento dentro del plazo de 3 días contados a partir de que los participantes del mercado hayan aceptado iniciar el procedimiento y ayude a las propias partes a lograr una solución, mencionando que antes de aceptar el nombramiento, el

tercero independiente suscribirá una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia, según el numeral 3.3.1 inciso d) y e) del manual.

Aceptado el nombramiento, las partes deben presentar dentro de 3 días la solicitud formal y por escrito de reconsideración informada ante el tercero independiente, de conformidad con el punto 3.3.2 inciso a), quien requerirá a las partes en 3 días la información faltante para que la alleguen en plazo de 3 días según el inciso b), para que una vez admitida la reconsideración informada, se corra traslado a las otras partes para que en 15 días realicen manifestaciones según el inciso c) del referido dispositivo 3.3.2.

Conforme al numeral 3.3.4 inciso a) fracciones ii), v) y vi) , el tercero independiente deberá citar a las partes a una audiencia dentro de los 3 días siguientes para conciliar intereses, levantando un acta de la audiencia que deberán firmar las partes, siendo que el plazo máximo para resolver la reconsideración informada es de 15 días contados a partir de la fecha en que se presentó la solicitud de reconsideración informada, se haya presentado información adicional o se haya renunciado al derecho de presentar información adicional ante el tercero independiente según lo dispuesto en el dispositivo 3.3.4 inciso b) fracción ii). Si no se lograre un acuerdo, las partes pueden someter la disputa a un experto independiente o panel de expertos, al arbitraje o al recurso de revisión ante la CRE.

Otro método al que pueden recurrir las partes es al análisis del experto independiente o panel de expertos, cuyo informe y recomendación no serán vinculantes según el punto 3.4.1 inciso a) del Manual de Solución de Controversias. El análisis de experto independiente en contra de la resolución de la reconsideración o de la reconsideración informada deberá de solicitarse dentro de 7 días hábiles posteriores a la fecha de finalización de la reconsideración o de la reconsideración informada y la notificación de las partes de la resolución correspondiente según lo menciona el dispositivo 3.4.5 inciso f) fracción i) del manual.

El Comité del CRE conservará una lista de expertos independientes, de la cual las partes designarán a un experto dentro de 3 días a partir de la aceptación de la promoción, si no se ponen de acuerdo, cada parte designará un experto y entre éstos designarán al tercer experto en un plazo no mayor de 3 días acorde con lo previsto en el numeral 3.4.2 incisos a), b), c) y d) del Manual de Solución de Controversias. Previo a la aceptación de designación, los expertos deben suscribir declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia, y una vez aceptados los nombramientos, las partes cuentan con 5 días para manifestar faltas de imparcialidad o independencia de parte de los expertos conforme a lo expuesto en los puntos 3.4.2 incisos e) y g).

Aceptado el nombramiento, el experto independiente puede requerir a las partes en 3 días la información faltante para que la alleguen en plazo de 3 días las partes, para posteriormente a la presentación de la controversia, citar a las partes a una audiencia dentro de 7 días siguientes, pudiendo citar a las partes a audiencia las veces que estime pertinentes respetando los plazos del procedimiento según el dispositivo 3.4.5 incisos a), b) y c) del manual. Es relevante destacar que el plazo máximo para analizar cualquier controversia no debe exceder de 30 días a partir de la fecha en que el experto independiente haya sido nombrado o el panel de expertos se haya conformado según lo refiere el punto 3.4.5 inciso f) fracción ii) del manual de solución de controversias.

Ahora bien, si las partes hayan o no recurrido a la resolución de la controversia mediante reconsideración, reconsideración informada o análisis de experto independiente sin lograr un acuerdo, las partes pueden someter la controversia al arbitraje siempre y cuando de manera previa hayan celebrado un acuerdo de arbitraje, siendo que dichas controversias deberán ser resueltas de manera definitiva conforme a “los “Procedimientos Internacionales de Solución de Controversias” (International Dispute Resolution Procedures) y el reglamento de arbitraje del Centro Internacional de Solución de Controversias (International Centre for Dispute Resolution)” (Diario Oficial de la Federación, 2016), siendo que el derecho aplicable al fondo

de la disputa serán las leyes federales de los Estados Unidos Mexicanos, el idioma será en español y la sede será la Ciudad de México, salvo pacto en contrario de conformidad con lo establecido en los dispositivos 3.5.1 y 3.5.2 del Manual de Solución de Controversias del Mercado Eléctrico.

Así también, conforme lo establecen los numerales 3.6.1 incisos a) y c), 3.6.2 incisos a) y c) y 3.6.3 inciso a) del manual en mención, los participantes del mercado, transportistas o distribuidores podrán interponer recurso de revisión ante el Comité de la Comisión Reguladora de Energía (CRE) en contra de los actos y resoluciones del CENACE en la reconsideración, señalando que el recurso de revisión deberá interponerse dentro del plazo de 15 días siguientes contados a partir de aquel en que surta efectos la notificación de la resolución de reconsideración del CENACE, y en el caso de que se requiera información adicional, el plazo para allegarla es de 5 días, con lo cual se analizará el recurso de revisión dentro de 45 días contados desde la fecha de interposición del recurso de revisión, tendiendo la resolución tendrá carácter vinculante.

Respecto a las controversias entre los participantes del mercado, transportistas o distribuidores, éstas se pueden resolver mediante la autocomposición, la mediación, el análisis de experto independiente o el arbitraje.

Primeramente, de acuerdo con los dispositivos 4.2.1, 4.2.2, 4.2.3 y 4.2.4 del Manual de Solución de Controversias del Mercado Eléctrico, las partes harán esfuerzos para negociar, resolver y celebrar acuerdos sin sujetarse forzosamente a procedimientos preestablecidos, pero deberán designar un representante con facultades para negociar, siendo que el plazo máximo para resolver cualquier controversia sometida a la autocomposición será de 10 días. Si no se lograra un acuerdo, las partes pueden someter la controversia a mediación, experto independiente o panel de expertos, a procedimiento jurisdiccional o arbitraje.

En segunda, si las partes deciden someter la controversia a mediación, dicho procedimiento no tendrá carácter vinculatorio de conformidad con lo dispuesto en el punto 4.3.1 inciso a) del manual. Las partes designarán de común acuerdo a un especialista, capacitado y neutral para fungir como mediador en el plazo máximo de 3 días contados a partir de que las partes hayan aceptado iniciar el procedimiento, recalcando que antes de aceptar el nombramiento, la persona propuesta deberá suscribir una declaración unilateral de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia como ya se ha mencionado con anterioridad en diversos procedimientos para aceptar su nombramiento dentro de 3 días posteriores a la designación según lo establece el dispositivo 4.3.1 incisos c), d), y e) del manual.

Una vez aceptado el nombramiento del mediador, las partes deben presentar dentro de 3 días la solicitud formal y por escrito de mediación ante el mediador, quien requerirá a las partes en 3 días la solicitud formal y por escrito de mediación ante el mediador, quien requerirá a las partes en 3 días la información faltante para que la alleguen en plazo de 3 días las partes si es el caso conforme lo señala el numeral 4.3.2. Admitida la mediación, se correrá traslado a las otras partes para que en 5 días realicen manifestaciones, debiendo el mediador citar a las partes a audiencia dentro de 3 días siguientes la cual se puede suspender por una sola ocasión y señalar nueva fecha de audiencia dentro de 3 días. 4.3.2 incisos c) y 4.3.4 inciso a).

El mediador deberá citar a las partes a una audiencia dentro de 3 días siguientes a la presentación de la solicitud para conciliar intereses, la cual se podrá suspender por una sola ocasión y señalar nueva fecha de audiencia dentro de 3 días, debiéndose levantar un acta de audiencia que deberán firmar las partes, para resolver la mediación en el plazo máximo de 15 días a partir de la fecha en que se presentó la solicitud de mediación. Punto 4.3.4 inciso b) fracciones i), ii), iv), v) y vi) del Manual de Solución de Controversias del Mercado Eléctrico.

Otra alternativa de las partes es el análisis del experto independiente o panel de expertos, cuyo informe y recomendación no serán vinculantes según el punto 4.4.1 inciso a) del manual en comento. El análisis de experto independiente en contra de la resolución de la

reconsideración o de la reconsideración informada deberá de solicitarse dentro de 7 días hábiles posteriores a la fecha de finalización de la reconsideración o de la reconsideración informada y la notificación de las partes de la resolución correspondiente según lo menciona el dispositivo 3.4.5 inciso f) fracción i) del manual.

Como ya se ha mencionado anteriormente, el Comité del Comisión Reguladora de Energía (CRE) conservará una lista de expertos independientes, de donde las partes designarán a un experto dentro de 3 días contabilizados a partir de la aceptación de la promoción de análisis de la controversia, de no llegar a un acuerdo en la designación del experto, cada parte designará un experto y entre éstos designarán al tercer experto dentro de un plazo no mayor de 3 días según lo expuesto en el punto 4.4.2 incisos a) y b) del Manual de Solución de Controversias. Antes de la aceptación de designación, los expertos deberán suscribir declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia, y una vez aceptados sus nombramientos, las partes cuentan con 5 días para manifestar faltas de imparcialidad o independencia de parte de los expertos conforme a lo expuesto en los puntos 4.4.2 incisos c) y e) del manual.

Después de aceptar el nombramiento, el experto independiente podrá requerir a las partes en 3 días la información faltante a las partes para que la alleguen en plazo de 3 días, para que después de presentar la presentación la controversia, se cite a las partes a una audiencia dentro de 7 días siguientes, pudiendo de nueva cuenta citar a las partes a audiencia las veces que estime pertinentes respetando los plazos del procedimiento según el dispositivo 4.4.5 incisos a), b y c) del manual. Es necesario señalar que el plazo máximo para analizar cualquier controversia no excederá de 30 días contabilizados a partir de la fecha en que el experto independiente haya sido nombrado o el panel de expertos haya sido conformado según lo refiere el punto 4.4.5 inciso f) del Manual de Solución de Controversias del Mercado Eléctrico.

En el caso de que las partes no resuelvan la controversia mediante autocomposición, mediación o análisis de experto independiente, o incluso no hayan recurrido a dichos métodos

alternos de solución, pero hayan celebrado un acuerdo de arbitraje, las partes podrán someter la controversia al arbitraje, en el entendido que las controversias serán resueltas de manera definitiva conforme a “los “Procedimientos Internacionales de Solución de Controversias” (International Dispute Resolution Procedures) y el reglamento de arbitraje del Centro Internacional de Solución de Controversias (International Centre for Dispute Resolution)” (Diario Oficial de la Federación, 2016), aclarando también que el derecho aplicable al fondo de la controversia serán las leyes federales de los Estados Unidos Mexicanos, el idioma del arbitraje será en español y la sede del mismo será en la Ciudad de México, salvo pacto en contrario según lo establecido en los dispositivos 4.5.1 y 4.5.2 del Manual de Solución de Controversias del Mercado Eléctrico.

Contrario a la negociación y mediación previstas en la Ley de Hidrocarburos, así como a la conciliación y convenios propuestos como acciones administrativas ue deberá implementar la Administración Pública Federal para la solución de controversias que se susciten entre dependencias, entidades y empresas productivas del Estado con particulares, los mecanismos alternos de solución previstos en el Manual de Solución de Controversias del Mercado Eléctrico, como lo son la reconsideración, la reconsideración informada, el análisis de experto independiente o panel de expertos, la autocomposición, el arbitraje, la vía jurisdiccional y el recurso de revisión, tienen una mayor precisión y determinación en cuanto a sus procedimientos, términos y plazos para cada una de sus etapas, puesto que desglosan cada etapa procesal estableciendo el plazo para su materialización y las formas de contabilizar dichos plazos, aunado a que cuando se trata de la designación de expertos independientes se aclara que el Comité de la Comisión Reguladora de Energía (CRE) prevé una lista de expertos con aptitudes, experiencia, capacidad profesional y disposición para tener dicho carácter, lo cual no deja a una total subjetividad la designación de un tercero neutral. Sin embargo, en la autocomposición y mediación no existe un listado o padrón de terceros neutrales de donde las partes puedan designar un negociador o mediador que los guíe en el procedimiento, dejando

una laguna jurídica en cuanto a dicha designación y nombramiento se trata puesto que se deja a las partes en total libertad de seleccionar a la persona que considere experta.

Sin duda alguna para el investigador, el Manual de Solución de Controversias del Mercado Eléctrico, en sintonía con las Bases del Mercado Eléctrico, tienen una reglamentación que brinda mayor seguridad jurídica a las dependencias y entidades de la Administración Pública, como lo es el Centro Nacional de Control de Energía (CENACE), y a los participantes del mercado, transportistas y distribuidores, quienes son los principales actores del Sector Eléctrico y que son parte en las controversias surgidas en el medio, cuestión que no sucede con los métodos alternos previstos por la Ley de Hidrocarburos y la Administración Pública en la conciliación con dependencias, entidades y empresas productivas del Estado, pues a pesar de tener lineamientos específicos emitidos, no prevén con precisión todos los elementos que un procedimiento de solución alterna de conflictos debe tener, como lo es la determinación de periodos de tiempo, plazos y términos para ejercer acciones, así como la capacitación de terceros neutrales que intervendrán en la celebración de métodos alternos de solución, con lo cual se deja un espacio legislativo por complementar al momento de querer someterse a un mecanismo como los antes mencionados. Resulta necesario modificar los lineamientos, disposiciones y manuales de métodos alternos de solución de conflictos a efecto de complementar su contenido procesal para lograr un aseguramiento jurídico para las partes, mismas que puedan someterse a sus normativas sin el temor fundado de desconocer el precepto legal que se les aplicará o de sufrir violaciones a sus derechos por parte de actuaciones administrativas subjetivas y arbitrarias.

6.3 Las cláusulas de métodos alternos de solución de conflictos en los contratos modelo del sector energético de los Estados Unidos Mexicanos.

Como ya se ha mencionado anteriormente, la reforma energética comprende la modificación y reforma de diversas legislaciones, entre las que destacan la Ley de Hidrocarburos, la Ley de la Industria Eléctrica, así como la Ley de Petróleos Mexicanos y la Ley de la Comisión Federal

de Electricidad, estas últimas dos por ser las legislaciones especiales para las principales empresas productivas del Estado de los Estados Unidos Mexicanos (EUM). Dentro de cada una de las citadas legislaciones existen diversos contratos a celebrar entre la propia Administración Pública de EUM, a través de sus entidades, dependencias y empresas productivas del Estado, y los particulares, que pueden ser inversionistas extranjeros, e incluso propietarios o titulares de terrenos, bienes o derechos, contratos los cuales permitirán el desarrollo de la Industria Energética, sea a través del manejo, tratamiento, operación, distribución o comercio de hidrocarburos o de la energía eléctrica.

Respecto a los contratos previstos por la Ley de Hidrocarburos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014, el día 2 de junio de 2016 se publicó en el citado Diario Oficial el Acuerdo por el que se emiten los lineamientos y modelos de contratos para el uso, goce, afectación o, en su caso, adquisición de los terrenos, bienes o derechos para realizar las actividades de la exploración y extracción de hidrocarburos y de transporte por medio de ductos²⁸, en el cual se establecen mecanismos de solución de controversias en los modelos de contratos de ocupación superficial; contratos de servidumbre voluntaria, continua y aparente de paso; así como contratos de arrendamiento, contratos los cuales se pueden consultar en la referencia al pie de página (véase link citado).

En el capítulo primero de disposiciones generales de los lineamientos y modelos de contrato se establece en el punto primero párrafos segundo y tercero que los modelos de contratos descritos son de uso obligatorio para las partes puesto que conforman la base que debe tener todo acuerdo, señalando los elementos mínimos que deben acordar las partes, aunque también prevé que éstas puedan insertar y agregar diversas disposiciones al modelo

²⁸ Ciudad de México. Acuerdo por el que se emiten los lineamientos y modelos de contratos para el uso, goce, afectación o, en su caso, adquisición de los terrenos, bienes o derechos para realizar las actividades de la exploración y extracción de hidrocarburos y de transporte por medio de ductos. Diario Oficial de la Federación, de 2 de junio de 2016, tomo DCCLIII núm. 2, Primera Sección pp. 19-70. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5439693&fecha=02/06/2016

propuesto. Uno de los elementos fundamentales es la determinación de mecanismos de solución de controversias, los cuales deberán estar presentes cuando se pacten acciones de uso, goce, afectación o adquisición de terrenos, bienes o derechos en las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos y transporte por medio de ductos.

Aunado a la disposición expresa antes mencionada, el capítulo segundo, correspondiente a las previsiones comunes a los contratos establece en la disposición sexta fracción III que el clausulado debe contener y asentar los derechos, obligaciones y los mecanismos de solución de controversias cuya aplicación es posible. Por su parte, el capítulo cuarto que versa sobre las cláusulas establece en la disposición trigésima primera la cláusula modelo de mecanismos alternativos de solución de controversias²⁹ que deberá estar inserta en los contratos modelo de ocupación superficial; contratos de servidumbre voluntaria, continua y aparente de paso; así como contratos de arrendamiento.

Dicha cláusula modelo de mecanismos alternativos de solución de controversias es genérica como el significado del adjetivo “modelo” lo indica, y deberá ser inserta en todo contrato previsto por los Anexos A, B y C previstos en el Acuerdo por el que se emiten los lineamientos y modelos de contratos para el uso, goce, afectación o, en su caso, adquisición de los terrenos, bienes o derechos para realizar las actividades de la exploración y extracción de hidrocarburos y de transporte por medio de ductos de 2 de junio de 2016. No obstante de que el citado acuerdo establece una guía de lineamientos en la redacción de contratos previstos por la Ley de Hidrocarburos, no se limita a las partes a permanecer con la cláusula MASC mencionada,

²⁹ “TRIGÉSIMO PRIMERO.- Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.- En caso de disputa, las Partes acordarán someterse, adicionalmente a lo previsto en las disposiciones jurídicas aplicables, a cualquiera de los siguientes mecanismos alternativos de solución de controversias:

I.- Arbitraje;

II.- Conciliación;

III.- Mediación, o

IV.- Acuerdo mutuo de las partes en cualquier momento.” (Diario Oficial de la Federación, 2016)

sino que se les permite su modificación siempre y cuando no omitan ninguno de los elementos de la cláusula modelo.

En el sector eléctrico, la Ley de la Industria Eléctrica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014, prevé en sus artículos 73 y 79 la implementación de métodos alternos de solución de conflictos como la negociación y, en su defecto, la mediación, además de prever también modelos de contratos de la industria eléctrica que contemplan métodos alternos, como la celebración de arbitrajes para resolver conflictos.

Mediante la Resolución por la que la Comisión Reguladora de Energía expide el modelo de contrato de interconexión legado para permisionario de exportación de energía eléctrica, a través de una central eléctrica ubicada en el territorio nacional³⁰, publicada el 9 de junio de 2016 en el Diario Oficial de la Federación, se establece en una cláusula modelo vigésima novena³¹ la previsión del arbitraje como segundo método de solución de conflictos puesto que se señala en la propia cláusula modelo que si las partes no pueden resolver la controversia dentro de 30 días naturales, dicha controversia será resuelta mediante arbitraje que pacten las partes, con lo cual se puede advertir que si en una etapa previa de 30 días naturales de negociación o diálogo entre las partes no se logra un acuerdo, el arbitraje será el método de solución alternativo por excelencia que se aplicará a toda controversia derivada del contrato en mención, cuestión que conlleva a concluir que implícitamente se habla de un procedimiento

³⁰ Ciudad de México. Resolución por la que la Comisión Reguladora de Energía expide el modelo de contrato de interconexión legado para permisionario de exportación de energía eléctrica, a través de una central eléctrica ubicada en el territorio nacional. Diario Oficial de la Federación, de 9 de junio de 2016, tomo DCCLIII núm. 7, Tercera Sección pp. 1-39. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5440670&fecha=09/06/2016

³¹ "VIGÉSIMA NOVENA. Solución de Controversias. Aquellas controversias que se presenten con motivo de este Contrato, que las Partes no puedan superar en un plazo de treinta (30) días naturales, serán resueltas conforme al procedimiento arbitral que se pacte entre las Partes." (Diario Oficial de la Federación, 2016)

escalonado puesto que primeramente las partes buscarán de buena fe arreglar sus diferencias pero si no lo lograsen, dichas diferencias se someterían al arbitraje para ser resueltas.

En el caso de la empresa productiva del Estado denominada Petróleos Mexicanos, el día 10 de junio de 2015 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las Disposiciones generales de contratación para Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias³², en las cuales se prevé la posibilidad de pactar métodos alternos de solución de conflictos reconocidos como lo son la conciliación, mediación, negociación y arbitraje.

En dichas disposiciones, específicamente en el artículo 1, se determina que las contrataciones, tanto de Petróleos Mexicanos (PEMEX) como de sus empresas productivas subsidiarias, se regularán por lo dispuesto en la Ley de Petróleos Mexicanos, su Reglamento y las propias disposiciones, reiterando que como ya se había visto al principio del presente capítulo 5, la Ley de Petróleos Mexicanos prevé en sus artículos 81 párrafo último y 115 que las partes puedan pactar medios alternativos de solución de controversias, cláusulas o compromisos arbitrales de conformidad con lo dispuesto por el Código de Comercio y los tratados internacionales de los que los EUM forme parte, por tanto, la propia legislación de PEMEX y sus empresas productivas subsidiarias establece la previsión de métodos alternos de solución de conflictos.

Ahora bien, el artículo 35 de las disposiciones generales de contratación establece: “ARTÍCULO 35.- En los contratos se podrán pactar mecanismos alternativos de solución de controversias reconocidos en la práctica internacional, entre otros, consultas directas, conciliación, negociación, mediación, panel de solución de controversias y arbitraje, con la participación del área jurídica.”. De la misma manera, el artículo 38 de las disposiciones prevé en su fracción w) que los términos de los contratos deben incluir la determinación de la jurisdicción o el

³² Ciudad de México. Disposiciones generales de contratación para Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias. Diario Oficial de la Federación, de 10 de junio de 2015, tomo DCCXLI núm. 8, Tercera Sección pp. 1-17. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5396102&fecha=10/06/2015

mecanismo alternativo aplicable a las controversias que se susciten, con lo cual se puede observar la coherencia de la legislación federal con las disposiciones de contratación al permitir la previsión e implementación de mecanismos alternos ante el surgimiento de disputas.

En conclusión, en la determinación y delimitación de modelos de contratos y cláusulas modelos previstas en dichos contratos del sector energético no se puede afirmar y generalizar que los métodos alternos de solución de controversias se incluyan siempre, sino que depende de la legislación especial de cada sector, así como también dependerá de lo establecido por las leyes especiales de las dependencias, entidades y empresas productivas del Estado, tal es el caso de PEMEX que prevé los métodos alternos de solución de conflictos cuando los contratos son privados puesto que si trata de convocatorias públicas, se tratará de contratos con carácter administrativo. Inclusive es loable mencionar que aunque las cláusulas modelo de métodos alternos de solución de conflictos se prevean en los contratos del sector energético, no se prevén expresamente cláusulas híbridas o escalonadas que contemplen más de un método alternativo de solución de conflictos, como sería el caso de una cláusula MED/ARB, valdría la pena hacer un estudio pormenorizado de qué contratos modelo del sector energético prevén una cláusula escalonada MED/ARB, o qué contratos modelos no limitan expresamente ni en su contexto legislativo la previsión, utilización e implementación de cláusulas escalonadas MED/ARB puesto que aunque se observa a manera general la inclusión de métodos alternos de solución de conflictos del sector energético, no se puede observar hasta el momento que dichos métodos puedan ser más complementarios entre sí, sino que son exclusivos entre ellos mismos al especificar que una controversia se resuelva solamente mediante negociación, mediación, conciliación o arbitraje.

CAPÍTULO 7: LA VOLUNTAD DE LAS PARTES CONTRATANTES Y LA NATURALEZA OBLIGATORIA DE LA CLÁUSULA MED-ARB

El Derecho Mercantil Internacional es autónomo puesto que no forma ni se rige de acuerdo a un solo sistema legal específico de un país “sino que ha sido la comunidad empresarial internacional la que lo ha creado, a la medida de sus necesidades, para regirse por él.” (Arce Gargollo, 2010, págs. 7-8). Sucede lo mismo en la contratación comercial puesto que los contratos responden a las necesidades de las partes que lo suscriben.

Un contrato es “una manifestación de voluntad que tiene por objeto crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones” (Martínez Alfaro, 2008, pág. 18), por lo tanto, las obligaciones provenientes de los contratos comerciales consisten en obligaciones mercantiles, mismas que se equiparan al término de obligación civil como menciona Vázquez del Mercado (2011).

Una obligación “es el vínculo jurídico por el que una persona está sujeta, respecto de otra, a una prestación, un hecho o una abstención” (Vázquez del Mercado, 2011, pág. 151), en consecuencia, conforme a la acepción de la obligación civil, “la obligación mercantil constituye el vínculo jurídico por el cual un sujeto debe cumplir frente a otro una prestación que tiene carácter mercantil, porque el acto que la origina es de naturaleza mercantil, un contrato mercantil.” (Vázquez del Mercado, 2011, pág. 152).

Siendo que son equiparables ambos conceptos, “el concepto del contrato, sus elementos de existencia y de validez, así como la normativa general del acto o negocio jurídico y del contrato mercantil en lo general, deben tomarse de la regulación del Derecho civil” (Arce Gargollo, 2010, pág. 35), con lo cual se puede afirmar que los elementos del acto jurídico, como el contrato, son iguales tanto para la materia mercantil como la civil, por lo que resulta aplicable a los contratos y sus elementos las reglas de derecho civil. Es por la anterior razón que en la

presente investigación se abordará el estudio de las cláusulas compromisorias escalonadas, o también denominadas híbridas, y sus elementos de acuerdo a lo establecido por el Derecho Civil.

7.1 Voluntad de las partes contratantes

Antecedentes

De acuerdo con Bejarano Sánchez (2010), los filósofos y pensadores del siglo XVIII promovieron la corriente de pensamiento del individualismo liberal, cuyo centro radicó en la libertad personal del hombre que por nacimiento es libre y que solamente pierde su libertad por las limitaciones que él mismo establece, siendo que “el orden social no proviene de acciones autoritarias, sino de la voluntad de todos los individuos, de su decisión autónoma, única capaz de regirlos” (Bejarano Sánchez, 2010, pág. 49). La libertad individual reside cuando la persona consiente se obliga a la celebración de contratos y demás actos jurídicos que lo limitan conforme a la ley que se sometió el individuo libremente al celebrar un contrato con la sociedad de acuerdo con Bejarano Sánchez (2010).

El principio de libertad contractual o de libertad de las convenciones es “denominado por los comentaristas franceses teoría de la autonomía de la voluntad” (Bejarano Sánchez, 2010, pág. 49), el cual según el citado autor señala que la fuente para la creación de contratos y obligaciones adoptadas libremente radica en el individuo y la voluntad de éste. En los contratos, el principio de autonomía de la voluntad “permite a las partes libertad de acción en la elección del derecho y la jurisdicción, basándose en el postulado de que nadie puede realizar mejor elección que las propias partes, porque son las que conocen mejor el negocio” (Arcagni, 1994, pág. 97) y, aunado a lo anterior, es por esto que para que un contrato o acuerdo de voluntades adquiera validez, se requiere de libertad para contratar y para determinar el contenido del contrato según Garlindo Garfias (1996).

Autonomía de la voluntad de las partes

En la contratación internacional, la facultad de ejercer la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra en “la posibilidad de seleccionar normas claras para la mejor efectivización (eficacia del contrato, cumplimiento) del contrato mismo” (Arcagni, 1994, pág. 97), de igual manera se especifica en la contratación mercantil, donde se reconoce la autonomía de la voluntad de los particulares en la celebración y ejecución de contratos deseados, así como en la inclusión de cláusulas en dichos contratos según su conveniencia de acuerdo con León Tovar (2004). Es precisamente con esa facultad de seleccionar normas y disposiciones para la eficiencia del contrato con la cual se busca proveer de seguridad jurídica a las partes para que puedan concretar o exigir el cumplimiento de lo pactado según comenta el autor. Así también, se refiere a la autonomía de la voluntad de las partes como una “autonomía privada referida al ámbito del negocio jurídico se caracteriza por la potestad atribuida a la voluntad en punto a la autorregulación de relaciones jurídicas” (Stiglitz, 1994, pág. 345) o, como lo afirma Sánchez Medal (2004), la soberana voluntad de dos partes libres e iguales de la que nacen todas las obligaciones contractuales justas creadas por dicha voluntad, de lo cual se entiende que el principio de autonomía consiste en la facultad o potestad que reside en la voluntad de las partes, con la cual éstas pueden establecer la autorregulación jurídica en el contrato.

Es relevante mencionar que “una de las manifestaciones de la autonomía de la voluntad consiste en brindar contenido y eficacia jurídica al negocio” (Stiglitz, 1994, pág. 345), sin embargo, para que el negocio pueda tener eficacia debe cumplimentar los elementos de validez del acto jurídico, aunado a los requisitos de existencia del mismo, elementos que “son necesarios para que el acto jurídico tenga existencia perfecta y pueda producir plenitud de sus efectos” (Martínez Alfaro, 2008, pág. 20). Lo anterior se observa en virtud de que un elemento de validez del acto jurídico está directamente relacionado con el principio de autonomía de la voluntad de las partes puesto que lo limita en su objeto, dicho elemento consiste en la ilicitud en el objeto.

Dicho lo anterior, es necesario señalar que tanto la mediación como el arbitraje tienen su fundamento en la libertad y la autonomía de la voluntad puesto que los ciudadanos son titulares y disponen de derechos subjetivos privados que les permiten decidir resolver sus conflictos por métodos alternos de solución de conflictos diversos a la jurisdicción, en virtud de que la autonomía de la voluntad es elemento de las relaciones jurídicas con la cual los ciudadanos pueden establecer, variar y extinguir las relaciones jurídico privadas, siendo que la Constitución permite dicha libertad y autonomía jurídica según lo menciona Montero Aroca (2015). Si bien los particulares tienen libertad de hacer y contratar, dichos particulares como partes contratantes pueden regular sus relaciones jurídicas y, por tanto, sus métodos de solución de conflictos ante el surgimiento de estos en una relación contractual.

La mencionada libertad y autonomía de la voluntad tienen su sustento ideológico “en la concepción liberal de la sociedad, que se manifiesta principalmente en el aspecto económico, en la distinción entre intereses públicos e intereses privados” (Montero Aroca, 2015, pág. 48), pues dichos principios se derivan de los intereses del individuo sobre la sociedad tratándose de derechos subjetivos privados, que posteriormente se materializan en la realización de contratos de diversos ámbitos, entre los cuales destacan los contratos o cláusulas de métodos alternos de solución de conflictos como una manifestación de los particulares de elección y gestión de conflictos futuros en sus relaciones jurídicas contractuales.

El orden público como limitación de la autonomía de la voluntad

El objeto de los contratos “es el contenido de la conducta del deudor, aquello a lo que se obliga; y el motivo o fin es el propósito que le induce a su celebración, el porqué se obliga” (Bejarano Sánchez, 2010, pág. 130), dichos aspectos son indispensables para determinar si el objeto del acto jurídico son lícitos o no, o si el objeto concuerda con lo estipulado en las leyes de interés público según Bejarano Sánchez (2010). Con lo anterior concuerdan algunos doctrinarios, como es el caso de Galindo Garfias (1996), quien a su vez menciona que el orden público y el ámbito de lo lícito son límites de la libertad contractual que conforma la parte esencial de la

autonomía de las partes. De las definiciones anteriores se pueden señalar que para que un objeto sea lícito debe cumplir con lo que las leyes de la sociedad establecen, de lo contrario se estaría violentando el orden público, lo cual consta en una limitación al principio de autonomía de la voluntad de las partes, es decir, que el límite del ejercicio de la voluntad de los particulares es lo que la propia ley determina de manera expresa.

Una limitación a la autonomía de la voluntad es el interés público que protege a la sociedad como lo afirman los doctrinarios. Es necesario mencionar que “la idea general –observa CARBONNIER—responde a una supremacía de la sociedad sobre el individuo, y el orden público traduce la voluntad comunitaria, amenazada por determinadas iniciativas individuales en forma de contrato” (Moreno Rodríguez, 2010, pág. 192), por consiguiente, “la promulgación de leyes imperativas y prohibitivas disciplina, impide la concertación de actos o contratos perjudiciales a la comunidad, determina su nulidad” (Bejarano Sánchez, 2010, págs. 49-50), así como también puede prorrogar la vigencia de los contratos o su celebración innecesaria según el citado autor. Se trata de una manera con la cual el Estado restringe los contratos o intereses particulares que vayan en contra de los intereses comunitarios.

Y más que una sola restricción a los intereses individuales, se le considera también por algunos autores como una medida de protección para la colectividad, pues como se mencionaba, si el orden público limita la autonomía privada dentro de un sistema individualista y liberal, éste también busca la garantía y preservación de la libertad y la dignidad humana, por lo cual, dicho orden público “se hace valer para proteger a los incapaces, para remediar los vicios del consentimiento, para impedir que el hombre comprometa en manera vitalicia, su fuerza de trabajo” (Galindo Garfias, 1996, pág. 75).

Es por lo anterior que la autonomía de la voluntad de las partes en su carácter de “ejercicio de libertad absoluta en la creación de las cláusulas contractuales, se ve cada vez más acotado y restringido por las normas básicas que aseguran la convivencia social – o normas de orden público—” (Bejarano Sánchez, 2010, pág. 50), siendo que dichas normas impiden a las partes

contratantes perjudicar los intereses de la sociedad y el interés público al celebrar contratos. La doctrina también afirma que la voluntad “no debe limitarse más que por motivos imperiosos de orden público, y que tales restricciones deben reducirse a su mínima expresión, ya que los intereses privados, libremente discutidos, concuerdan con el bienestar público” (Stiglitz, 1993, pág. 268), siendo reiterado por el autor mencionado que del contrato no pueden surgir injusticias porque las obligaciones se asumen de manera libre por las partes. En el mismo sentido, “parece descartarse ROSENBERG al considerar como característica del Derecho procesal imperativo la exclusión expresa por la norma del acuerdo de las partes, o la tácita, si o están facultados para ello salvo en ciertos casos” (Muñoz i Sabaté, 1988, pág. 28) 28 , con lo cual el autor afirma que la norma fungía como un determinante negativo del acuerdo o pacto entre partes y que para interpretarla de manera dispositiva es necesario entender si la norma fue dictada por el interés público o de los particulares.

Es loable señalar también que con el orden público también se busca resguardar intereses de alguna de las partes, por ejemplo, intereses Estatales, como es el caso de las contrataciones entre la Administración Pública y los particulares, así como también se puede buscar salvaguardar el funcionamiento de un mercado o sector, lo cual “puede responder a un fuerte interés político o guardar relación general con las políticas públicas de un país, tanto para la consecución de objetivos sociales y económicos” (Moreno Rodríguez, 2010, pág. 193), lo cual es el caso del sector energético de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se busca proteger el patrimonio nacional procurando a su vez los intereses económicos al permitir y regular contratos, concesiones y negociaciones con inversionistas de la iniciativa privada.

Con lo anterior, se colige que la autonomía de la voluntad de las partes contratantes que sometan sus conflictos a métodos alternos solución de conflictos en contratos del sector energético se verán limitadas y restringidas por las normas de orden público, que buscan la protección de intereses estatales y colectivos sobre el interés del particular. Es importante hacer mención que en la presente investigación se considerará el concepto de orden público

como una limitación y restricción del principio de autonomía de la voluntad, y no como un elemento de validez del acto jurídico por así consistir la delimitación del investigador.

Consentimiento

El elemento principal de los contratos es la voluntad de las partes, misma que se denomina consentimiento y se integra por el concierto de dos voluntades que conforman una voluntad común de acuerdo con lo que señala Bejarano Sánchez (2010). Para Martínez Alfaro (2008), el consentimiento es el acuerdo de dos manifestaciones de voluntad, por lo cual es un acto bilateral, siendo este acto bilateral desde la creación de la relación jurídica entre partes, así como la terminación de ésta si así lo convienen y consienten las partes según Garfias (1996).

Baudry Lacantinerie y Gaudement comentan que “el consentimiento es el acuerdo de dos o varias personas sobre un mismo punto; es el resultado de dos o varias voluntades que se unen” (Martínez Alfaro, 2008, pág. 25). De la misma manera, se puede afirmar que “los contratos no se integran con una sola voluntad, su primer elemento esencial no es una simple manifestación de voluntad, su integración requiere dos o más voluntades coincidentes y cuya concurrencia es calificada como consentimiento” (Domínguez Martínez, 2000, pág. 22). Baudry Lacantinerie y Gaudement citados por Domínguez Martínez (2000) comentan que el consentimiento no puede realizarse por una sola persona, sino que se requiere que una persona realice un planteamiento lógico y la otra consienta.

Los elementos del consentimiento “son las dos manifestaciones de voluntad llamadas Oferta y Aceptación.” (Martínez Alfaro, 2008, pág. 26), dichas declaraciones unilaterales de voluntad son sucesivas de acuerdo a Bejarano Sánchez (2010).

La oferta o policitud “es la primera manifestación de voluntad y consiste en la proposición u ofrecimiento que una parte hace a otra, con la intención de obligarse si hay aceptación.” (Martínez Alfaro, 2008, pág. 26); es la declaración unilateral de voluntad que se dirige a persona diversa, sea determinada o no, se encuentre presente o no, de acuerdo a lo que señala

Bejarano Sánchez (2010). En tanto, la aceptación es una declaración de voluntad de quien recibe la oferta y que consiste en la manifestación de su conformidad con la oferta presentada según Martínez Alfaro (2008). También se define a la aceptación como una manifestación de la voluntad de carácter unilateral que señala la concordancia con los términos y condiciones de la oferta de acuerdo con Bejarano Sánchez (2010). Por tanto, con la oferta y la aceptación se conforma el acuerdo de voluntades que conllevan al consentimiento.

La comunicación del consentimiento puede ser expresa o tácita como señala Bejarano Sánchez (2010). La comunicación expresa “se manifiesta por la palabra, la escritura o con signos inequívocos” (Bejarano Sánchez, 2010, pág. 52). Domínguez Martínez (2000) coincide al mencionar que el consentimiento expreso se manifiesta de manera verbal, por escrito o con signos inequívocos.

Domínguez Martínez (2000) continúa diciendo que la voluntad expresa en el consentimiento se puede manifestar con palabras o de manera verbal, por escrito, sea con firma o huella digital, o con signos inequívocos como lo son “las señas, sean movimientos corporales, guiños, y en general cualquier expresión para ofrecer o aceptar, que si bien no sea por palabras o firmas, de cualquier manera exprese ofrecimiento o conformidad.” (Domínguez Martínez, 2000, pág. 25).

Por su parte, el consentimiento tácito es el “modo de exteriorizar la voluntad consiste en hechos o actos que la presumen y sin que intervenga la palabra, ni la escritura, ni las señas, ni los medios electrónicos” (Martínez Alfaro, 2008, pág. 86). Así también, se define que la expresión tácita del consentimiento resulta de actos o hechos que presupongan un consentimiento o que otorguen autorización de presumirlo, exceptuando los supuestos previstos por la ley o por las partes que tengan que manifestarse de manera expresa por las partes conforme menciona Domínguez Martínez (2000).

De acuerdo con Bejarano Sánchez (2010), el consentimiento tácito externa una manifestación de interés de negociación, con lo cual se infiere que el emisor tiene intención de celebrar contratos. Este tipo de consentimiento no deviene de declaraciones a través de lenguaje o signos inequívocos, por el contrario, el consentimiento proviene “de una actitud o conducta que denota claramente la voluntad” (Bejarano Sánchez, 2010, pág. 52). En el mismo sentido Domínguez Martínez (2000) menciona que el consentimiento tácito acontece cuando a partir de ciertos actos o hechos se desprende conformidad de las partes, lo cual consiste en una presunción, “pues de esos hechos o actos conocidos por ser apreciables y apreciados por los sentidos, se hace derivar algo desconocido que no puede ser objeto de prueba directa, como en el caso es el consentimiento” (Domínguez Martínez, 2000, pág. 25)

Con lo anterior puede resumirse que para que se configure el consentimiento deben manifestarse dos voluntades respecto de un mismo fin, siendo una parte la que oferte y otra que acepte de conformidad la oferta. La aceptación de la oferta puede ser de manera expresa o tácita, con la cual se entiende que el consentimiento ha sido integrado.

7.2 Voluntad de las partes en la cláusula MED-ARB

Al suscribir cláusulas de métodos alternos de solución de conflictos

Para que las partes contratantes en conflicto puedan someterse a métodos alternos de solución de conflictos es necesario que manifiesten su voluntariedad de acudir a dichos métodos, lo cual es imprescindible en cualquier mecanismo alternativo de solución de conflictos puesto que el principio de autonomía de la voluntad de las partes debe imperar en todo procedimiento de esta índole, sea cual sea la materia del fondo del asunto.

No está por demás señalar que en algunos métodos alternos de solución de conflictos las partes deben expresar su voluntad de sometimiento al procedimiento de manera reiterada en distintas fases dependiendo del mecanismo que trate, a continuación se revisará las diversas

formas de expresión de voluntad dentro de la mediación y el arbitraje, así como la suscripción de los acuerdo de sometimiento correspondientes.

Al suscribir acuerdos de mediación y convenios arbitrales

La mediación, como sistema de solución de conflictos, es de libre acceso para los particulares, “la decisión de acudir a la mediación debe ser libre, consciente y espontánea. No es aceptable una mediación impuesta, obligatoria, contra la voluntad de una o ambas partes intervinientes” (Martín Díz, 2010, pág. 71), siendo que la voluntariedad debe mantenerse en todo el proceso de la mediación desde que las partes deciden y optan por dicho proceso, con o sin contrato hasta el propio cumplimiento del acuerdo que pone fin al procedimiento según el mencionado autor.

En la mediación, se pueden identificar tres momentos donde las partes deben expresar su voluntad según Sánchez García (2016), quien los menciona siendo el primero donde las partes eligen la mediación como mecanismo de solución de conflictos; el segundo en la pre-mediación, donde las partes deben expresan su voluntad para que el mediador funja como facilitador del procedimiento prestando sus servicios profesionales de mediador; y el tercero en el momento en que las partes suscriben el acuerdo de mediación que finaliza el mecanismo, con sus debidos compromisos a cumplir.

Se establece también que al inicio de la mediación, “las partes deben determinar el contenido de la disputa que será objeto de la mediación, además de tener presente que nadie está obligado a mantenerse en el proceso de mediación, ni a concluir un acuerdo” (Ruiz García & Navarro Ibarrola, 2014, pág. 477). De la misma manera, en el caso del sometimiento de los conflictos a la mediación, es una cuestión que solamente las partes tienen la competencia de decidir, puesto que el mediador no puede interferir, añadir o excluir los conflictos que se quieran mediar por las partes, con lo cual el mediador no puede imponer disposición alguna a

las partes puesto que se extralimitaría de sus atribuciones y funciones establecidas en la ley y en los códigos éticos según menciona Sánchez García (2016).

En definitiva no hay un momento específico donde las partes deban expresar su consentimiento, así como tampoco las leyes lo determinan puesto que la mediación al tener un principio rector de flexibilidad, permite que las propias partes manifiesten su voluntad y consentimiento de someterse a mediación cuando así lo pacten, por tanto el mediador solamente puede avocarse a la búsqueda del momento en que las partes estén conscientes y en ejercicio de su derecho de libertad para expresar su conformidad y sometimiento al procedimiento de mediación.

Por otro lado, en el caso del arbitraje “las partes son libres de suscribir el acuerdo contractual que las obliga a acudir a procedimiento y permanecer en el de forma obligatoria hasta el dictado del laudo, siendo renunciable solamente de común acuerdo” (Sánchez García, 2016, pág. 34). El Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos señala en los artículos 1416³³ y 1423³⁴ del Título Cuarto, Capítulo I, que el acuerdo de arbitraje es aquel en que las partes deciden someter sus conflictos, presentes o futuros a arbitraje, el cual las partes pueden signar como con convenio o contrato en sí o, en su defecto, como una cláusula compromisoria dentro de un contrato.

³³ “Artículo 1416.- Para los efectos del presente título se entenderá por:

I.- Acuerdo de arbitraje, el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente;...” (H. Congreso de la Unión, 2017)

³⁴ “Artículo 1423.- El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.” (H. Congreso de la Unión, 2017)

En el caso de la mediación, las partes tendrían que ratificar en tres momentos su sometimiento al mecanismo puesto que la ley no las obliga a permanecer durante el proceso de la mediación, contrario a lo que sucede en el caso del arbitraje, el cual las partes tienen que establecer, sea en contrato o en cláusula compromisoria, su sometimiento al mecanismo, el cual al ser contrato tiene carácter de ley, por tanto, es obligatorio su cumplimiento para las partes. Es loable señalar que la mediación en ningún momento puede imponerse a las partes si no es su deseo someterse a ella, menos aún imponer que sigan en el procedimiento, en tanto que en el arbitraje, su seguimiento es obligatorio para las partes una vez que suscriben el contrato o cláusula compromisoria.

7.3 Naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB

Naturaleza jurídica obligatoria de los métodos alternos de solución de conflictos

Los métodos alternos de solución de conflictos, como su denominación lo señala, son mecanismos diversos a la vía jurisdiccional de resolver controversias, los cuales están sujetos a la expresión de voluntad de las partes que ostentan una relación jurídica y se encuentran ante un conflicto, además de estar sujetos al consentimiento de dichas partes de someterse al procedimiento de un método alternativo. Sin embargo, no todos los métodos alternos de solución de conflictos son iguales o similares puesto que cada uno tiene sus características, procedimiento y regulación, siendo relevante mencionar que en la presente investigación se avoca al estudio de la mediación y arbitraje en particular.

En la mediación, son prolíficas las leyes que regulan dicho método alternativo, sin embargo, autores consideran que “son escasas las referencias normativas, jurisprudenciales y doctrinales sobre el análisis de la naturaleza jurídica de la mediación en disputa.” (Ruiz García & Navarro Ibarrola, 2014, pág. 471), siendo necesario intentar señalar si dicho acuerdo o cláusula tiene una naturaleza contractual y si la misma es de carácter obligatorio como lo cuestiona Sánchez García (2016), por su parte, el arbitraje se considera como un método

alternativo de solución de conflictos obligatorio para las partes contratantes puesto que se fundamenta en normas civiles que lo equiparan a un contrato civil cuya naturaleza obligatoria y que genera obligaciones contractuales entre las partes, además de que involucra “cuestiones de orden procesal, contractual, internacional –privado y público– y de derecho comparado” (Moreno Rodríguez, 2010, pág. 189).

Expuesto lo anterior, y ante una hipótesis que busca encontrar los elementos fundamentales de la eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos del sector energético internacional, se procederá a realizar un análisis de las obligaciones de las partes contratantes en los métodos alternos de solución de conflictos, específicamente de mediación y de arbitraje con objeto de encontrar si ambos procedimientos cuentan con una naturaleza contractual obligatoria para las partes contratantes.

Obligación en mediación

Primeramente, es necesario mencionar que de acuerdo con Sánchez García (2015), hay autores que afirman que la mediación tiene naturaleza contractual si se observa desde el punto de vista de la teoría de las obligaciones. Desde el punto de vista de la teoría civilista, Planiol menciona que los actos jurídicos son “las operaciones encaminadas a producir uno o varios efectos de derecho. Agrega que lo jurídico radica en la naturaleza de sus efectos” (Sánchez García, 2015, pág. 134), en tanto que el acuerdo de mediación permite la creación de efectos jurídicos entre las partes según Sánchez García (2015).

De acuerdo con Sánchez García (2016), las leyes de la materia distinguen al acto de sometimiento de controversias a la mediación como cláusula compromisoria y como pacto de mediación, en ambos sentidos dándoles un carácter contractual, dicho autor Sánchez García (2016) denomina al sometimiento de las partes a mediación como cláusulas med, las cuales son instrumentos jurídicos, sean contractuales o extracontractuales donde las partes de manera anticipada otorgan su voluntad de someter sus conflictos a mediación. De la misma

manera, autores denominan al acuerdo o pacto de mediación como un contrato de mediación de conflictos, definiéndolo como un negocio jurídico de carácter privado, donde una persona o también llamada mediador “se obliga a cambio de un precio cierto a cumplir el encargo que le hacen los sujetos implicados en una controversia, de asistirles responsablemente, a través de la realización de un proceso, para facilitar que puedan alcanzar un acuerdo resolutorio” (Ruiz García & Navarro Ibarrola, 2014, pág. 463).

Ahora bien, si se considera que los actos jurídicos son “la expresión de una voluntad o de un acuerdo de voluntades, que tiene por objeto la creación intencional de consecuencias jurídicas” (Sepúlveda Sandoval, 2002, pág. 62), aunado a que el contrato es el “acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones” (Sepúlveda Sandoval, 2002, pág. 137), se puede afirmar que en el acuerdo de mediación, como en los contratos, se configura “un esquema de cargas de contenido jurídico perfectamente determinables a partir de la voluntad impresa en el acto” (Sánchez García, 2015, pág. 134), lo cual quiere decir, que al igual que en los contratos, el acuerdo de mediación establece derechos, cargas u obligaciones de conformidad con la voluntad de las partes contratantes.

Desde la teoría contractualista de la mediación, Gorjón Gómez y Adame (2015) mencionan que hay autores que estudian la mediación judicial como el mecanismo previo al juicio y como procedimiento único, al ser la mediación un mecanismo de solución de conflictos con elementos y características similares a la mediación judicial. Los citados autores continúan diciendo que conforme a doctrinarios franceses, la mediación tiene naturaleza consensual, por lo que dicho método alternativo existe y se desarrolla si las partes consienten con libertad, aclarando que “incluso si la mediación tiene un origen judicial, la mediación permanece consensual por naturaleza, en la medida donde la mediación pueda desarrollarse con el acuerdo de las partes” (Gorjón Gómez & Adame, 2015, pág. 11).

Gorjón Gómez y Adame (2015) hacen mención de la obligación en una cláusula de mediación contractual, la cual señala el compromiso de las partes de acudir ante un mediador o tercero

neutral antes de un juez o árbitro, lo cual conlleva a que las partes deben cumplir “con prestaciones positivas –contribuir a la designación del mediador según las modalidades previstas por el contrato– y también con una obligación de no hacer –no acudir al tribunal antes de salir del procedimiento de mediación” (Gorjón Gómez & Adame, 2015)

Sin embargo, la mediación no presupone una exclusión de jurisdicción de los jueces y tribunales para resolver conflictos sino, que por el contrario, versa sobre un requisito previo al procedimiento de la voluntariedad de las partes para posponer o retardar el ejercicio de la acción hasta una vez intentada la mediación, contrario a lo que sucede con la cláusula arbitral, donde el árbitro asume la competencia para conocer del asunto excluyendo la intervención de órganos jurisdiccionales más que para los supuesto de auxilio judicial determinados en las leyes según menciona Sánchez García (2016).

En el caso de España, el procedimiento de mediación solamente dilata el procedimiento judicial, como menciona Sánchez García (2016), quien afirma que no excluye la vía jurisdiccional de conocer de los conflictos, en cambio en el caso de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 43 de la Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León de 13 de enero de 2017 señala en su artículo 43³⁵

³⁵ “Artículo 43. Solamente mediante acuerdo por escrito de las partes, éstas podrán optar por la resolución de sus controversias por la vía jurisdiccional o mediante algún mecanismo alternativo. En el caso de que se haya iniciado el procedimiento por la vía jurisdiccional, en el acuerdo de radicación, el Juez notificará a las partes el derecho que tienen de optar por el procedimiento alternativo, señalándoles un plazo de 5 días hábiles para que manifiesten lo que a su derecho convenga, siendo necesario que si optan por éste, se exprese por escrito la voluntad de todas las partes. En el caso de cualquiera de las partes sea omisa en responder al requerimiento judicial, se les tendrá por optando la vía jurisdiccional.

En su caso, la autoridad judicial o el Instituto proveerán la lista de centros de mediación y conciliación públicos y privados acreditados, así como los facilitadores privados certificados vigentes para que las partes elijan el facilitador respectivo, o en su caso puedan solicitar al Instituto dicho servicio.

Una vez que obre constancia expedida por el Instituto, algún centro de mecanismos alternativos o del facilitador que haya sido designado, mediante el cual las partes justifiquen haber intentado los procesos de mediación o conciliación y de no haber llegado a un acuerdo total, se proseguirá el juicio por sus demás etapas procesales. En caso de llegar a un acuerdo parcial, el juicio continuará por los conceptos que no haya sido posible convenir.” (Gobierno Constitucional del Estado Libre y Soberano de Nuevo León, 2017)

que las partes pueden optar por resolver sus conflictos mediante mecanismos alternativos o mediante la vía jurisdiccional, señalando que en caso de que su preferencia se oriente a los mecanismos alternativos, las partes deberán señalar su voluntad por escrito, e incluso se hace referencia a la potestad de las partes de que una vez iniciado el procedimiento judicial puedan optar por los mecanismos alternativos, pero que si dichos mecanismos no logran alcanzar un acuerdo, las partes podrán proseguir por la vía jurisdiccional, con lo cual se deja en estado de seguridad y certidumbre jurídica a las partes dado que pueden optar por diversas vías de solución de conflictos sin que el fracaso de una (mecanismo alternativo) implique la improcedencia de la otra (vía jurisdiccional).

Sánchez García (2016) menciona que la obligación del contrato de mediación es de naturaleza diversa a la obligación de orden civil puesto que la mediación carece de coercibilidad, por tanto, ante la posibilidad de incumplimiento de una de las partes, el acreedor no podrá acudir ante un juez o tribunal a ejercer su derecho de acción para obligar al deudor al cumplimiento forzoso del contrato, por el contrario, la mediación se caracteriza por su voluntariedad, por tanto, la coercibilidad no puede intervenir en dichos métodos de solución. Incluso dicho autor propone y afirma que la obligación del contrato de mediación es de carácter natural, como el pago de deudas de juegos ilícitos, o el pago de deudas prescritas, por mencionar algunos ejemplos de dicho tipo de obligaciones.

El autor antes citado menciona que Pothier describe a las obligaciones naturales como las que están destituidas de toda acción o las que “no dan a aquel en cuyo favor se han contratado la posibilidad de exigir en un tribunal su cumplimiento, en contraposición a las obligaciones imperfectas, que son a las que respondemos ante Dios, sin que nadie tenga el derecho para exigirnos” (Sánchez García, 2016, págs. 42-43), reiterando lo que estipula Planiol quien definió que el acreedor de obligaciones naturales no tiene medios de coacción contra el incumplimiento del deudor natural, siendo que “solo se puede esperar el pago mediando la

libre voluntad, por lo que <<es una obligación reconocida por la Ley, pero únicamente en el caso de que el deudor consienta en cumplirla>>” (Sánchez García, 2016, pág. 43).

Por su parte, se afirma que el convenio desde la perspectiva sustantiva es válido pero de dicho convenio “no puede surgir siempre, evidentemente, una acción para hacerlo cumplir en el proceso. De ahí que el mismo autor aluda a <<obligaciones naturales>>” (Muñoz i Sabaté, 1988, pág. 32).

Asimilando el contrato de mediación con una obligación contractual, como lo hace Sánchez García (2016), se puede concluir que convergen dichas figuras jurídicas en el aspecto de que las normas y ordenamientos jurídicos no exigen ni obligan a las partes a mediar o a suscribir acuerdos de mediación, lo cual respeta el principio de voluntariedad, sin embargo, dicho autor también menciona que no por el respeto al principio de voluntad de las partes se retarda el ejercicio del derecho de acción puesto que las partes pueden ejercer dicho derecho en cualquier momento antes de que prescriba su derecho de acudir ante una instancia jurisdiccional, tal y como lo señala la propia Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León de 13 de enero de 2017.

Obligación en arbitraje

En la doctrina se establece que el arbitraje se fundamenta en tres teorías, la teoría contractualista, la teoría jurisdiccionalista y la teoría mixta de acuerdo con Gorjón Gómez y Steele Garza (2012). La teoría contractualista señala que el arbitraje tiene su origen en los contratos “de tal manera que su validez y su operatividad dependen en todo momento del cumplimiento del *pacta sunt servanda* entra las partes obligadas; la teoría jurisdiccionalista, que señala que el arbitraje tiene su origen en la jurisdicción estatal” (Gorjón Gómez & Adame, 2015, pág. 10), en tanto que la teoría mixta es la fusión de las dos primeras teorías.

La perspectiva y teoría que se abordará en esta investigación y que sustenta el arbitraje es la teoría contractualista, cuyo origen es predominantemente contractual y su validez y

operatividad dependen del cumplimiento de lo pactado por las partes contratantes, “de modo que toda su validez se sustenta en el principio de autonomía de la voluntad de las partes” (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012, pág. 185). Y, de acuerdo al principio del voluntarismo jurídico, “no sólo el contrato, sino todo el derecho y aún la organización política de la sociedad encuentra su fundamento en el contrato (teoría del contrato social)” (Galindo Garfias, 1996, pág. 79), por lo cual, todo acto encuentra su base en las teoría contractualistas, siendo que el arbitraje no es la excepción, puesto que en el arbitraje, “las partes se obligan de forma voluntaria a resolver sus conflictos a través de un acuerdo arbitral, decisión en la que no influye el Estado, pero la apoya y la respeta tutelándola en sus normativas internas” (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012, pág. 185).

Y en efecto, el arbitraje es considerado como un contrato, es decir, “un acuerdo de voluntades al que se conoce –igualmente—con el nombre de <<contrato de compromiso>> o <<convenio arbitral>>, o bien como <<cláusula compromisoria>>” (García-Pita y Lastres, 2010, pág. 1404). La cláusula arbitral se puede definir como “una estipulación inserta al contrato por la que las partes se comprometen a someter al arbitraje las disputas que puedan surgir de esa relación contractual” (Sánchez García, 2015, pág. 74), con dichas cláusulas las partes contratantes manifiestan su voluntad de obligarse y someterse a la resolución de sus conflictos en el arbitraje. Es mediante el propio acuerdo de arbitraje que las partes “transpolan el derecho de someterse al arbitraje a un plano invertido, configurando la obligación de ejercicio del derecho de acceso a la justicia bajo la jurisdicción arbitral” (Sánchez García, 2015, pág. 75), concluye el referido autor al mencionar que el acuerdo arbitral no es sólo un derecho sino una obligación puesto que dicho acuerdo es vinculante e irrenunciable de manera unilateral.

“El Código Civil francés señala con rigor el alcance de la obligatoriedad de contrato y postula que éste tiene fuerza de ley para las partes” (Bejarano Sánchez, 2010, pág. 168), dicha equiparación que se hace en la doctrina del contrato con la ley el vigor que tiene el acto jurídico para limitar a su vez la libertad de los contratantes. La ley concede a los individuos la facultad

de crear normas y de limitar con éstas su libertad personal, con lo cual lo establecido en los contratos posee fuerza obligatoria para las partes contratantes puesto que tratan de normas jurídicas de alcance determinado puesto que obligan solamente a los contratantes según Bejarano Sánchez (2010).

Así también, la doctrina asimila el acuerdo entre las partes como si fuera disposición de la ley puesto que “una vez perfeccionado el contrato, nacido a la vida jurídica, cada parte debe “someterse” a lo acordado “como si” se tratara de la ley misma” (Stiglitz, 1993, pág. 266), lo cual deviene congruente y lógico puesto que el acuerdo de las partes en donde se incluye una obligación consentida debe cumplirse por las mismas, desde el punto de vista del principio *pacta sunt servanda*, pues éste establece que “si el contrato reúne los elementos de existencia y los requisitos de validez que la ley exige, impone a las partes sólo a ellas, el deber jurídico de cumplirlo puntualmente en sus términos” (Galindo Garfias, 1996, pág. 264), siendo así que los acuerdos deben ser cumplidos.

Dentro de un esquema obligacional surgido de la dimensión contractual, existen dos efectos con valor procesal en la doctrina, uno positivo que consta de que las partes se encuentran obligadas a cumplir con lo señalado en el convenio arbitral, que es acudir al arbitraje a solucionar sus conflicto, otorgándole atribuciones al árbitro para resolver el asunto, en tanto que el efecto negativo consiste en que se incapacita a los jueces para resolver el fondo del conflicto, con lo cual al suscribir el acuerdo arbitral o la cláusula arbitral, las partes deben acudir al arbitraje, obteniendo un resultado del acto jurídico suscrito con apego al principio de voluntariedad y bajo el principio de *pacta sunt servanda* antes mencionado según lo menciona Sánchez García (2016).

Respecto al efecto positivo del convenio arbitral, se afirma que dicho convenio “tiene potencia suficiente como para generar el procedimiento arbitral, con independencia de la actitud que tome la contraparte.” (Pizarro Moreno & Navarro Ibarrola, 2014, pág. 152). En otro concepto, el efecto positivo es que “el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado”

(Cremades Sanz-Pastor, 2014, pág. 101), dando como ejemplo el nombramiento del árbitro que de no cumplir, el juez de apoyo puede realizar dicho nombramiento según el citado autor.

El convenio arbitral determina que las partes tienen la obligación de cumplir lo pactado, y es el propio ordenamiento que obliga a las partes, siendo el ordenamiento jurídico que da la categoría o clasificación equivalente a la ley como mencionan Merino Merchán y Chillón Medina (2014), siendo que al convenio arbitral se aplican “los principios de: a) La autonomía de la voluntad, ya que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público” (Merino Merchán & Chillón Medina, 2014).

Ahora bien, el efecto negativo del convenio arbitral consiste en “el impedimento de los jueces y tribunales para entrar a conocer de la controversia que se somete a la institución arbitral.” (Pizarro Moreno & Navarro Ibarrola, 2014, pág. 152). Así también, el citado efecto “no alude en primer término a la cuestión del alcance de la exclusión de la jurisdicción estatal, que evidentemente no es absoluta, sino, ante todo, a la facultad de excluir a los jueces estatales del conocimiento de la controversia” (Llopis-Llombart, 2010, pág. 171).

Dicha definición coincide con la ofrecida por Merino Merchán y Chillón Medina (2014), sin embargo, dichos autores hacen mención que para que se impida a los jueces y tribunales el conocer de un conflicto, la parte interesada debe invocar el convenio mediante declinatoria, con lo cual se evita que la controversia se resuelva por jueces ordinarios. Coincide también con invocar la declinatoria en el convenio arbitral Cremades Sanz-Pastor (2014), quien menciona que la incompetencia de las autoridades jurisdiccionales es producto del pacto de arbitraje, sin ser necesario que el convenio especifique expresamente una prohibición de intervención judicial, haciendo mención que la prohibición solo puede tener lugar en los procedimientos de apoyo y control de arbitraje previstos por la ley.

El Código Civil de España señala en su artículo 1091 “Que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y que deben cumplirse a su tenor...” (Pizarro Moreno & Navarro Ibarrola, 2014, pág. 152), por tanto, el convenio arbitral tiene carácter obligacional de contrato, siendo esta naturaleza jurídica según los mencionados autores. En consecuencia, el acuerdo o convenio arbitral es “un acuerdo común de renuncia a la jurisdicción, pero de ningún modo un acuerdo común de renuncia a la tutela judicial” (Pizarro Moreno & Navarro Ibarrola, 2014, pág. 155), con lo cual los autores refieren que no se renuncia al derecho de ejercer la acción sino que se buscan formas alternas al modelo oficial de solución de controversias.

En resumen, en el compromiso arbitral las partes suscriben una obligación “de resultado” pues el deudor, el árbitro, debe satisfacer el interés del acreedor (las partes) a través del resultado de emisión del laudo, teniendo dicha obligación un efecto positivo y negativo, siendo el positivo la obligación de cumplir lo pactado por las partes y el efecto negativo el impedimento de jueces y tribunales de conocer y resolver una controversia. En tanto que en el contrato de mediación en disputa, incluido dentro de los denominados contratos de prestación de servicios según Ruiz García & Navarro Ibarrola (2014), trata de una obligación de facilitación donde el deudor, que es el mediador, no tiene que dar un resultado sino que se compromete a realizar actividades con el objetivo de alcanzar un resultado esperado que es el acuerdo de mediación por el acreedor, que son las propias partes de la mediación, sin una obligación de alcanzar un acuerdo más bien actuar de manera que busque un resultado, con lo cual no se excluye que los tribunales jurisdiccionales puedan conocer el conflicto y resolverlo de manera posterior a la mediación. Arnulfo Sánchez García (2016), someterse a la mediación no condiciona a las partes a una obligación de medios entre sí mismas, así como tampoco a una obligación de resultado pues el principio de voluntariedad es la contraparte de la obligatoriedad de la relación contractual.

Naturaleza contractual de la mediación y del arbitraje

Un contrato consiste en un negocio jurídico bilateral que produce, siendo que la “bilateralidad es consustancial al contrato, como refleja el art. 1254 CC, a cuyo tenor <<el contrato existe desde que o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio>>” (Llopis-Llombart, 2010, pág. 38), dicho autor menciona al contrato como fuente de obligaciones, siendo que las obligaciones de los contratos tienen fuerza de ley entre partes contratantes y deben cumplirse por las mismas de conformidad con lo señalado por el artículo 1091 del Código Civil de España.

De acuerdo con Llopis-Llombart (2010), las reglas generales de los contratos son aplicables también a los convenios arbitrales, con lo cual afirma que “la supletoriedad de las normas generales sobre los contratos es la clave para determinar la naturaleza contractual del compromiso” (Llopis-Llombart, 2010, págs. 38-39), sin embargo, valdría la pena verificar si dicha supletoriedad de la norma general puede aplicarse al contrato de mediación o cláusula med, con lo cual pueda determinarse su naturaleza contractual, aunque ya se ha visto que el tipo de obligaciones del contrato de mediación es diferente a las obligaciones del convenio arbitral.

Los contratos crean obligaciones entre las partes contratantes, lo cual se puede comprobar con lo expuesto por las legislaciones de diversos países, como es el ejemplo de los Estados Unidos Mexicanos y España que aseveran dicha afirmación. El Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos señala en su artículo 1796³⁶ que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento exceptuando los que requieren de una forma establecida por la ley siendo que al perfeccionarse e contrato se obligan las partes a su cumplimiento y

³⁶ “Artículo 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.” (H. Congreso de la Unión, 2013)

consecuencias, en tanto que el artículo 1258³⁷ del Código Civil de España menciona también que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, obligándose las partes al cumplimiento y a las consecuencias de lo pactado.

Si bien las partes deben cumplir a lo que se han comprometido, Sánchez García (2016) menciona que dicha obligación se identifica como un deber de prestación según Messineo, con lo cual el deudor se obliga al cumplimiento y el acreedor puede utilizar medios a su disposición para lograr dicho cumplimiento, que según el autor mencionado debe ser un cumplimiento de forma completa precisando la exactitud de la integridad de la prestación, así como el tiempo y el lugar. Por otro lado, en la mediación, “el deber de mediar es recíproco y la prestación de hacer consiste en someter a la mediación la controversia con el animus de encontrar una solución mutuamente aceptada entre las partes” (Sánchez García, 2016, pág. 39).

Cuando la aplicación irrestricta confluya con el principio de voluntariedad, el cumplimiento del contrato de mediación pasa a tener un alcance limitado, porque la norma prohíbe la acción de reclamar el cumplimiento del contrato de mediación, “lo que impide que una de las partes pueda compeler judicialmente a la otra para participar mediando de manera efectiva, y mucho menos llevar a su finalización el proceso de mediación, pudiendo simplemente ausentarse de este” (Sánchez García, 2016, pág. 41).

En el mismo sentido, cabe mencionar que respecto a la naturaleza obligatoria de la mediación, Gorjón Gómez y Adame (2015) señalan que la diferencia reside en la obligación de considerar la participación en la mediación y el deber de mediar ante un tercero neutral, obligación que

³⁷ “Artículo 1258. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.” (Boletín Oficial del Estado, 2015)

puede clasificarse como natural, por no ser exigible por las partes ante los propios tribunales o jueces jurisdiccionales. Lo cual también lo señala Sánchez García (2015), quien por su parte hace mención de la existencia de países donde la mediación es obligatoria por ley, como es el caso de Argentina, donde se legisló la obligación de la mediación prejudicial en ciertos supuestos, sin embargo, el autor resalta que “queda claro que acudir a un proceso de mediación y mediar no es necesariamente lo mismo” (Sánchez García, 2015, pág. 50), con lo cual se puede afirmar que el acudir al proceso de mediación es principalmente presentarse a las sesiones informativas, en tanto que mediar y permanecer en el procedimiento consta en un compromiso que debe estar provisto de voluntariedad y, a su vez, de consentimiento de las partes para someterse a la mediación.

En conclusión, no existe consecuencia jurídica alguna para las partes que no cumplen el contrato de mediación puesto que la propia ley de la materia no prohíbe el incumplimiento de dichos contratos, aunado a que, como ya se mencionó, la ley prevé que las partes puedan ejercer su derecho de acción ante tribunales.

Respecto a lo concerniente a la cláusula MED-ARB, se puede señalar que tanto la mediación como el arbitraje poseen una naturaleza contractual, sin embargo, el tipo de obligaciones y sus efectos que conlleva cada uno de los procedimientos es diferente, en razón de que en la mediación se trata de obligaciones naturales, donde las partes no pueden ejercer coacción para hacer cumplir lo pactado, que es el sometimiento de conflictos a la mediación, lo cual a pesar de ser considerado desde la perspectiva contractual no infringe el principio de voluntariedad de las partes, por el contrario, en el arbitraje existe una naturaleza contractual que hace que el propio contrato tenga fuerza de ley y debe cumplimentarse tal cual fue pactado por las partes, teniendo dos efectos, uno positivo al obligar a las partes a hacer y conducirse conforme lo establecieron en el convenio arbitral sometiendo sus conflictos a arbitraje, y uno negativo, donde se hace valer la incompetencia de las autoridades y tribunales

jurisdiccionales para conocer del fondo del asunto puesto que es la autoridad arbitral quien conocerá del mismo.

Ahora bien, la mediación no excluye la vía jurisdiccional puesto que solamente la pospone hasta en tanto las partes decidan detener o finalizar la mediación, pero el arbitraje sí excluye a la jurisdicción del conocimiento de la controversia, con lo cual valdría la pena estudiar y analizar los efectos que tienen la mediación y el arbitraje como procedimiento escalonado en la accesibilidad y permisividad de recurrir a la jurisdicción.

CAPÍTULO 8: LA FORMA Y EL OBJETO DE LA CLAUSULA MED-ARB COMO SUSTENTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA MISMA EN LOS CONTRATOS COMERCIALES

8.1 Forma de las cláusulas compromisorias

Cláusulas estándar preestablecidas

Las cláusulas escalonadas son aquellas que contemplan en etapas distintas más de un mecanismo para resolver una controversia” (González de Cossío, 2014, pág. 365), las cuáles según González de Cossío (2014) no se ponían en práctica puesto que las partes dilataban el procedimiento arbitral al reusarse a cooperar con la negociación o mediación para después hacer valer ante los tribunales arbitrales una violación de acuerdo arbitral al no cumplir con los pasos previos al arbitraje. Sin embargo, González de Cossío (2014) menciona que este problema práctico se ha solucionado porque ahora “existen diversas instituciones y reglamentos sobre mecanismos alternativos de solución de controversias” (González de Cossío, 2014, pág. 366), uno de ellos es la Cámara de Comercio Internacional o CCI, la cual tiene un el Reglamento ADR como menciona el citado autor.

Por su parte, también se han establecido “cláusulas estándar, contratos tipo o modelos de contratos internacionales usuales que ha publicado la Cámara de Comercio Internacional como: los modelos de contrato de agencia internacional, de distribución internacional, de franquicia o contratos de garantía” (Arce Gargollo, 2010, pág. 11). Otros organismos que han establecido cláusulas escalonadas estándar o que resuelven métodos alternos de solución de conflictos son la *American Arbitration Association*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *London Court of International Arbitration*, Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas, Centro de Arbitraje de México y la Cámara Nacional de Comercio según menciona González de Cossío (2014). De las anteriores autoridades nominadoras se

puede hacer mención que, en el capítulo 3 de la presente investigación, se hace mención y se transcriben las cláusulas escalonadas MED-ARB establecidas por la propia *International Chamber of Commerce* o Cámara de Comercio Internacional (CCI), *American Arbitration Association* o Asociación Americana de Arbitraje (AAA), y la *London Court of International Arbitration* o Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA).

Si bien, existen organismos e instituciones que, como autoridades nominadoras, provén a los comerciantes de cláusulas estándar o cláusulas modelo de solución de conflictos, no menos es importante hacer mención de los criterios de formalidad que debe contener una cláusula contractual, misma que aplica también para las cláusulas escalonadas puesto que de su forma puede determinarse que el MASC sea eficaz o sea susceptible de ser declarado nulo por la autoridad competente.

Generalidades de la forma del acto jurídico

La forma del contrato, del negocio jurídico y del acto jurídico consiste en el medio o la herramienta por la cual se manifiesta la voluntad de las partes, la cual puede ser consensual, escrita, de manera verbal, expresa o tácita según afirma Domínguez Martínez (2000), quien especifica “tal cual dicha manifestación tiene lugar en cuanto a su exteriorización para ser captada por los sentidos; o por lo menos presumida, según acontece con la manifestación de voluntad o el consentimiento tácitos” (Domínguez Martínez, 2000, pág. 56). Es decir, que la forma del contrato o de todo acto jurídico se resume en “un medio al que debemos recurrir para la exteriorización del consentimiento, a fin de que el acto sea válido” (Treviño García, 2008, pág. 50).

Considerando el acto jurídico como la manifestación de voluntad de las partes, “la forma es la manera como se exterioriza dicha voluntad: es el conjunto de elementos sensibles que envuelven la declaración de la voluntad; en tal sentido, todo contrato tiene necesariamente una forma” (Bejarano Sánchez, 2010, pág. 103). La forma del negocio jurídico consta del

“medio exigido por la ley para la manifestación de voluntad de las partes. Es principio propio de los contratos mercantiles, la libertad de las formas” (Vásquez del Mercado, 2011, pág. 161), dicho autor menciona también que las partes tienen libertad de manifestar el consentimiento del negocio de la forma que les parezca porque la forma no se puede imponer a las partes, con lo cual se puede decir que las partes son libres de convenir de la forma que les convenga y acuerden sin estar obligadas de proceder en cierta manera para expresar el consentimiento.

Sin embargo, aunque las partes tengan libertad de elegir la forma de manifestar su consentimiento, existe una limitante cuando la ley expresamente señala la forma que deben tener los actos jurídicos, lo cual es confirmado por Arce Gargollo (2010), quien refiere que todo contrato y negocio es formal puesto que debe exteriorizarse en el mundo jurídico pero también menciona que la forma es el medio que la ley establece para manifestar al voluntad en casos específicos. De la misma manera, se menciona que hay “negocios jurídicos, respecto de los cuales la misma ley exige una forma determinada, como por ejemplo, la escritura, para la validez del negocio” (Vásquez del Mercado, 2011, pág. 161), con lo cual se advierte que la voluntad debe ser manifestada de cierta manera para producir efectos jurídicos sobre terceros.

Un requisito de validez de los contratos formales es la forma, lo cual se puede advertir por “Rudolf von Ihering: “La forma es, para los actos jurídicos, lo que la acuñación para la moneda.” Esto es, que la forma confiere la certidumbre de su autenticidad a los actos jurídicos” (Bejarano Sánchez, 2010, pág. 104). Con lo anterior puede afirmarse que la forma brinda certidumbre jurídica a las partes puesto que la autenticidad del acto jurídico da seguridad a los contratantes para poder exigir un cumplimiento posteriormente.

Al ser la forma un requisito de validez, su ausencia no prohíbe o impide su creación o constitución, pero sí es una causal de nulidad según manifiesta Bejarano Sánchez (2010). Lo anterior se puede concluir de la definición que Sepúlveda Sandoval (2002) hace de la forma, la cual es un elemento que consiste en el cumplimiento de requisitos para exteriorizar la voluntad

de su autor, requisitos los cuales se encuentran exigidos por las normas legales. En consecuencia, si no se cumplimenta uno de los requisitos de forma que la ley establece, el acto jurídico, o en su defecto, la cláusula de que se trate sería nula.

En el caso de los Estados Unidos Mexicanos (EUM), en el ámbito federal, la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal³⁸ es la ley que hace referencia a los métodos alternos de solución de conflictos, sin embargo, en Capítulo II “De la mediación,” no establece ni define el acuerdo de mediación o su formalidad. En cambio, la Ley de Mecanismos Alternos para la Solución de Controversias del Estado de Nuevo León³⁹, legislación dictada de conformidad con los ordenamientos federales, establece en el Título Quinto, Capítulo I, en el artículo 43 una breve descripción de la cláusula o pacto de mediación, en el cual se establece “Artículo 43. Solamente mediante acuerdo por escrito de las partes, éstas podrán optar por la resolución de sus controversias por la vía jurisdiccional o mediante algún mecanismo alternativo.” (H. Congreso del Estado de Nuevo León, 2017).

Para el caso de la cláusula arbitral, cláusula compromisoria o del también denominado convenio arbitral, el Código de Comercio de los EUM⁴⁰ en su Título Cuarto, Capítulo I, artículo 1416 fracción I⁴¹, y en su Capítulo II artículo 1423⁴² establece el concepto y las formalidades

³⁸ Ciudad de México. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, de 29 de diciembre de 2014, núm. 24, Primera Sección, pp. 2-14. [Consultado 5 marzo 2017]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNMASCMP_291214.pdf.

³⁹ Nuevo León. Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León, de 13 de enero de 2017, núm. 6, Sección Tercera, pp. 3-35. [Consultado 08 enero 2017]. Disponible en: http://sgi.nl.gob.mx/Transparencia_2015/Archivos/AC_0001_0007_00160858_000001.pdf.

⁴⁰ Ciudad de México. Código de Comercio del 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889, (última reforma publicada el 25 de enero de 2017), pp. 1-230. [Consultado 5 marzo 2017]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_250117.pdf

⁴¹ “Artículo 1416.- Para los efectos del presente título se entenderá por: I.- Acuerdo de arbitraje, el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente;...” (H. Congreso de la Unión, 2017)

⁴² “Artículo 1423.- El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que

que debe contener una cláusula de sometimiento al arbitraje de conformidad con las normas mexicanas, de lo cual se advierte que dicho Código de Comercio establece que el acuerdo de arbitraje es aquel en que las partes deciden someter a arbitraje sus controversias, sean todas o algunas, en el entendido que el acuerdo de arbitraje puede ser externado en una cláusula compromisoria dentro de un contrato o en un acuerdo independiente. Por su parte, el artículo 1423 establece que el referido acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, en documento firmado por las partes o en un “intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo” (H. Congreso de la Unión, 2017).

En el caso de España, respecto a la mediación la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴³ en su artículo 6⁴⁴ punto 2 menciona que aunado a que la mediación es voluntaria, dicho método alternativo de solución de conflictos deberá constar por escrito para expresar el compromiso de las partes de someter sus conflictos a mediación, procedimiento el cual deberá ser llevado a cabo de buena fe antes de recurrir a los órganos jurisdiccionales o a diversas soluciones de conflictos extrajudiciales. Es loable mencionar que el citado artículo 6 hace mención expresa de que nadie está obligado a permanecer en la mediación así como tampoco puede obligarse a las partes a celebrar acuerdos o convenios de

dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.” (H. Congreso de la Unión, 2017)

⁴³ España. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Boletín Oficial del Estado, de 7 de julio de 2012 (última modificación de 31 de julio de 2015), núm. 162, pp. 1-18. [Consultado 12 noviembre 2016]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-9112-consolidado.pdf>

⁴⁴ “Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición. 1. La mediación es voluntaria. 2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.” (Boletín Oficial del Estado, 2015)

mediación para finalizar dicho procedimiento, con lo cual se destaca el principio de voluntariedad que caracteriza a dicho método alternativo de solución de conflictos.

En el caso del arbitraje, la legislación española, específicamente la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, establece en su artículo 9⁴⁵, puntos 1 y 3, la forma y el contenido que debe tener el convenio arbitral al determinar que dicho convenio arbitral puede adquirir la forma de cláusula contenida dentro de un contrato o de un acuerdo independiente, además de que la expresión de voluntad de las partes de someter sus conflictos a arbitraje deberá constar por escrito, en un documento firmado por los contratantes o bien “en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo” (Boletín Oficial del Estado, 2015). Cabe destacar que el propio artículo 9 establece en su punto 6 que si se tratare de un arbitraje internacional, el convenio arbitral será válido si se cumplimentan los requisitos determinados por las leyes elegidas por los contratantes para regular el convenio o, en su defecto, por las normas jurídicas del fondo de la controversia o por el derecho español.

De lo expuesto por las legislaciones arbitrales, tanto mexicana como española, se puede señalar que dichas normas así como otras más están basadas en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial

⁴⁵ “Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral.

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual....

...3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, B o de otro tipo. ...

... 6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.” (Boletín Oficial del Estado, 2015)

Internacional (CNUDMI) como lo menciona Francisco (2011), con lo cual guardan una gran semejanza entre sus disposiciones, basta comparar el apartado del Código de Comercio de los EUM con la Ley 60/2003 de Arbitraje de España para advertir dicha similitud y reconocer que el acuerdo por escrito es una formalidad que actualmente sigue previéndose por las legislaciones nacionales como internacionales como una regla general según lo menciona Francisco (2011), pero la determinación de la ley mexicana y la ley española de permitir que el acuerdo o convenio arbitral sean formalizados mediante “un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo” denota una flexibilidad por parte de los legisladores al dejar abiertas las alternativas de manifestación de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Como menciona García-Pita y Lastres (2010), el convenio arbitral es un contrato que como los demás debe cumplir con los requisitos de consentimiento, que son la determinación del objeto, causa y la forma. Dicho lo anterior, respecto a la forma del acuerdo o convenio arbitral el cual expresa la referida voluntad de las partes de recurrir al arbitraje como forma alterna de solucionar sus disputas, el Código de Comercio de los EUM y la Ley 60/2003 establecen que deberá hacerse constar de manera expresa el citado acuerdo, con lo cual se “admite por tanto las nuevas formas de comunicación, hasta el punto de considerar cumplido el requisito formal cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo” (Martínez González, 2011, pág. 51).

Para autores como Martínez González (2011), la constancia por escrito del convenio arbitral es de carácter esencial puesto que consiste en un requisito de existencia del propio convenio, sin embargo, las legislaciones actuales de métodos alternos de solución de conflictos, especialmente las legislaciones que regulan el arbitraje y que han incorporado normas y disposiciones de tratados y convenios internacionales, permiten tener criterios flexibles o antiformalistas. Para García-Pita y Lastres (2010), la Ley 60/2003 de Arbitraje busca facilitar el

arbitraje disminuyendo requisitos de forma puesto que busca que la voluntad de las partes prevalezca, con lo cual se puede disponer de una formalidad exrita del convenio arbitral pero “admitiéndose gran flexibilidad para concluir sobre la existencia del convenio” (Martínez González, 2011, pág. 52), convenio el cual podrá no advertirse la unidad al celebrarse a¿el acuerdo arbitral pero dicho pacto podrá formalizarse de manera sucesiva a través de una aceptación posterior como lo es la correspondencia de telegramas, fax, télex o por constancia on line subsecuente según Martínez González (2011).

Para autores como los antes mencionados se considera que las leyes son antiformalistas en razón de la flexibilidad que permiten al formalizar el acuerdo o convenio arbitral, e incluso algunos doctrinarios mantienen que “la forma escrita del convenio arbitral no es requisito *ad solemnitatem* sino *ad probationem*, esto es, que aquél es válido en cualquier forma aunque deba probarse para ser eficaz y resultar exigible” (Francisco, 2011, pág. 118), con lo cual reiteran que los ordenamientos, que siguen dicha línea de disposiciones abierta y permisible, son flexibles.

Cabe mencionar que dicha flexibilidad tiene trascendencia en relaciones de carácter internacional puesto que como menciona Martínez González (2011), las partes se pueden encontrar en diferentes estados y en arbitrajes on line, además de aclarar el autor de que un convenio arbitral será válido si cumplimenta los requisitos de las normas y legislaciones que las partes convinieron o bien, por el derecho de fondo o el derecho español.

Ahora bien, respecto a la forma de la cláusula de mediación, tanto la Ley de Mecanismos Alternos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León como la Ley 5/2012, no se establece disposición legal alguna más que la sola determinación de que la cláusula o pacto de mediación deberá constar por escrito y establecer el compromiso de las partes de someter sus disputas a la mediación. Si bien, no hay una determinación exacta sobre los requisitos que deba tener ese convenio o acuerdo de mediar, lo cierto es que ambas normas coinciden en que la cláusula compromisoria de mediación deberá constar por escrito, con lo

cual se infiere y concluye que la sola manifestación expresa de las partes de someter sus disputas a mediación, que deberá constar por escrito, bastará para que dicho acuerdo tenga validez y sea eficaz.

8.2 Forma de la cláusula MED-ARB

Forma escrita de la cláusula MED-ARB

En lo que respecta a la cláusula escalonada o híbrida de mediación-arbitraje, cabe mencionar que las anteriores disposiciones legales son de aplicación supletoria puesto que una cláusula escalonada se compone por el acuerdo de voluntades de someter sus conflictos a mediación y, subsecuentemente, a arbitraje, con lo cual le serían aplicables las reglas de manifestar su acuerdo por escrito como refiere la Ley de Mecanismos Alternos de Solución de controversias para el Estado de Nuevo León, la Ley 5/2012, el Código de Comercio de los EUM y la Ley 60/2033 o bien, que dicha manifestación conste “en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo” como refieren las normas de arbitraje de México y de España.

Así también, es relevante mencionar que un problema de las partes en la práctica acontece “cuando la cláusula en cuestión no determina con precisión la obligación que deben cumplir antes de acudir al juicio o arbitraje, puesto que no quedaría claro en qué momento las partes estarían legitimadas para ejercitar su acción ante un tribunal” (Irra de la Cruz & Ibarra Chávez, 2015, pág. 38), de dicho argumento se desprende que la cláusula escalonada debe establecer por escrito la obligación que deben cumplir las partes contratantes y el tiempo en que debe cumplirse la obligación, pues de lo contrario las partes desconocerían cuándo se puede ejercitar la acción de acudir al método alternativo posterior o cuándo tienen la legitimación de presentar demanda ante el árbitro o tribunal arbitral designado.

Hay que señalar que “los actos formales son aquellos en los que la expresión de voluntad o consentimiento requiere exteriorizarse de manera expresa y por escrito” (Sepúlveda Sandoval,

2002, pág. 95), la cláusula MED-ARB es entonces un acto formal puesto que se requiere expresar el consentimiento de las partes de manera expresa y por escrito para que surta efectos a terceros y pueda dar certidumbre a los contratantes al momento de exigir el cumplimiento de la cláusula.

Al signar y consentir una cláusula escalonada, las partes que se someten al mecanismo alternativo de solución de conflictos también “se comprometen a seguir dicho procedimiento por lo menos hasta la primera junta con el Tercero. Lo anterior constituye un hito en los antecedentes de los MASC, por lo menos en lo que se refiere a la mediación y conciliación” (González de Cossío, 2014, págs. 366-367), lo cual se debe a que la naturaleza de la mediación y conciliación es voluntaria, sin embargo, si las partes establecen de manera expresa y por escrito que la mediación es obligatoria, ésta puede exigirse por las partes, en el sentido de que el cumplimiento versará sobre acudir y presentarse a la mediación y no de permanecer en la misma pues de ser así se estaría contraviniendo su naturaleza voluntaria.

Una alternativa para lograr que una cláusula escalonada como la cláusula MED-ARB sea obligatoria para las partes es conforme al Reglamento ADR de la CCI al “obligar a que, si la cláusula ADR tiene lenguaje obligatorio, las partes tengan la obligación de agotar la primera junta con el Tercero antes de proceder con arbitraje o litigio” (González de Cossío, 2014, pág. 367), el citado autor menciona que una razón de que el Reglamento ADR haya estipulado dicha medida es para propiciar que las partes acudan a las pláticas para resolver el conflicto de manera amigable. Una recomendación que da González de Cossío (2014) es que la cláusula ADR/arbitraje o, en el presente caso, la cláusula MED-ARB debe redactarse claramente para que se adecúe al caso y no genere obstáculos en el método alterno subsecuente.

Sucede de manera similar con la delimitación de la temporalidad del arbitraje. La temporalidad tiene su fundamento en “la preservación de la institución jurisdiccional como mecanismo ordinario, permanente y prioritario de la administración de justicia, evitando que exista la duplicidad de jurisdicciones, hecho que garantiza la estabilidad y permite seguridad jurídica en

el desarrollo de las actuaciones judiciales” (Uribe Piedrahita, 2007, pág. 150), es entonces la temporalidad la base de la presentación de las instituciones, jurisdiccionales o no, que permiten dar certidumbre jurídica a los particulares en el procedimiento de solución de su controversia.

Uribe Piedrahita (2007) menciona que los arbitrajes no pueden durar de manera indefinida, sino que por el contrario, deben tener un término, sea establecido por las partes o por la propia ley. Coincide también con la determinación de la temporalidad de los MASC Friedland (2007), quien afirma que mientras las partes no establezcan un tiempo límite de la mediación, como primer paso en una cláusula escalonada MED-ARB, existirá un riesgo de que las partes pierdan tiempo y dinero, así también dicho autor menciona que no se puede asumir que las partes se comprometan a mediar si la cláusula no lo contempla, por lo que es recomendable de acuerdo a Friedland (2007) que en la redacción se debe establecer el tiempo límite para negociar o mediar, después del cual cualquiera de las partes puede recurrir al arbitraje o litigio según corresponda, haciendo especial mención de que el periodo de tiempo establecido debe ser desencadenado por un evento indiscutible, el cual puede ser la notificación por escrito del conflicto que se vaya a negociar o mediar.

Se puede resumir que en cuanto a forma de la cláusula escalonada se refiere, ésta debe constar por escrito puesto que tanto las legislaciones y normas jurídicas de mediación como de arbitraje lo establecen, lo anterior con el propósito de proveer a las partes de seguridad y certidumbre jurídica al determinar las obligaciones que deberán de cumplimentar las partes y establecer el tiempo en que durarán los procedimientos, además de que con la manifestación expresa de la voluntad de las partes se preserva la institución del método alternativo que se va a llevar a cabo, lo cual conlleva a una ejecución debida y a que las partes puedan exigir su cumplimiento.

8.3 Objeto de las cláusulas compromisorias

El objeto del acto jurídico, como elemento de existencia, es “esa substancia, con estricto rigor científico, es de un contenido puramente jurídico; está compuesta de derechos reales o de obligaciones creados o transmitidos...” (Domínguez Martínez, 2000, pág. 59). La doctrina señala que “la intencionalidad que tiene el acto jurídico encaminado a producir consecuencias de derecho, viene a determinar que su objeto se traduzca en esos efectos, es decir, crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones” (Sepúlveda Sandoval, 2002, pág. 74), con lo cual se puede señalar que el objeto se constituye por sus funciones de crear, modificar o extinguir obligaciones.

El objeto de los contratos consiste en la creación o transmisión de derechos u obligaciones según Domínguez Martínez (2000). Por otro lado, el objeto del contrato también se define como la obligación creada por el propio objeto, “de ahí que el contrato tendrá tantos objetos como obligaciones haya engendrado: cada obligación posee su propio objeto, el cual consistirá en el contenido de la conducta del deudor, aquello a lo que se comprometió o que se debe efectuar” (Bejarano Sánchez, 2010, págs. 63-64), de lo cual se puede inferir que el objeto de la cláusula escalonada MED-ARB consiste en el sometimiento voluntario de obligarse a la resolución de conflictos determinados o determinables mediante métodos de solución de conflictos especificados por las partes.

El objeto del contrato debe ser posible pues de no ser sí, no existiría según Bejarano Sánchez (2010), continúa manifestando el referido autor que resulta el objeto imposible en el supuesto de que la cosa, hecho o abstención no son factibles en la realidad, sea porque una ley natural se lo impida o porque ley jurídica lo prohíba, dichas imposibilidades naturales y jurídicas limitan el objeto. En la presente investigación se abordará solamente la posibilidad física y jurídica de las obligaciones de hacer y no hacer puesto que el objeto de las cláusulas escalonadas versa sobre las acciones de las partes de participar en MASC para la resolución de su conflicto.

Posibilidad del objeto en las obligaciones de hacer y no hacer.

El objeto de los contratos, sean hechos o abstenciones deben ser posibles desde la perspectiva física, como desde la jurídica, siendo relevante señalar que es resulta imposible físicamente el hecho que la ley natural impide su realización de acuerdo con Bejarano Sánchez (2010), incluso resulta jurídicamente imposible el objeto que contraviene “los presupuestos lógico-jurídicos de una norma que necesariamente debe regirlo y constituye un obstáculo insuperable para su ejecución” (Bejarano Sánchez, 2010, pág. 71).

El objeto que consiste en obligaciones de hecho, abarca tanto la obligación de hacer como la de abstenerse según lo contempla Martínez Alfaro (2008), o bien se entiende como “...cuando se persigue una prestación o una abstención que se traduce en una conducta a observar o a realizar por el sujeto obligado” (Sepúlveda Sandoval, 2002, pág. 77)

En lo que concierne a la posibilidad física del objeto de los actos jurídicos que recae en las obligaciones de hacer, como lo es en el contrato o en la cláusula escalonada, se habla de que dicha posibilidad consiste en una conducta a realizar por el obligado, sea de acuerdo a lo pactado por los contratantes o por las leyes naturales según afirma Sepúlveda Sandoval (2002), lo cual coincide con lo que señala Martínez Alfaro (2008), quien confirma que la posibilidad física del objeto versa sobre que el hecho sea de conformidad con las leyes de la naturaleza, lo cual no debe ser un impedimento para las personas.

En lo que respecta a la posibilidad jurídica del objeto si las obligaciones son de hacer, ésta consiste en que el objeto del acto jurídico, del contrato o la cláusula escalonada verse sobre la conducta de reconocida “por el derecho positivo de producir consecuencias legales, de tal manera que de no tenerlo, el acto jurídico será inexistente, no produciendo efecto jurídico alguno.” (Sepúlveda Sandoval, 2002, pág. 80). Así también, la imposibilidad jurídica indica la ausencia de un elemento de esencial del acto jurídico, lo cual conlleva a la inexistencia del acto, contrato o cláusula según menciona Sepúlveda Sandoval (2002). Para Martínez Alfaro

(2008), la posibilidad jurídica del objeto del acto jurídico implica que éste sea de acuerdo a la norma legal que lo regirá.

Con lo anterior se puede resumir que el objeto del acto jurídico, en el presente caso de la cláusula escalonada MED-ARB consiste en obligaciones de hacer puesto que la cláusula escalonada, como cláusula compromisoria, tiene el propósito de establecer un compromiso de las partes para solucionar los conflictos por medio de los MASC establecidos, por tanto, la posibilidad física versa sobre que dicha obligación de someterse a la mediación y posteriormente al arbitraje sea conforme a las leyes de la naturaleza, en tanto que la posibilidad jurídica consta en que dicha obligación de acudir a la mediación y al arbitraje sea reconocida por el derecho subjetivo, es decir, por las normas jurídicas.

En el caso de los Estados Unidos Mexicanos (EUM), como ya se mencionó la legislación federal de mecanismos alternativos no hace mención alguna o profundiza sobre las cláusulas compromisorias de mediación o arbitraje, sin embargo, la Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León⁴⁶ establece en su artículo 43 antes mencionado que “Solamente mediante acuerdo por escrito de las partes, éstas podrán optar por la resolución de sus controversias por la vía jurisdiccional o mediante algún mecanismo alternativo.” (H. Congreso del Estado de Nuevo León, 2017). Si bien el citado artículo menciona que el objeto de mediación será el sometimiento de controversias a su resolución mediante la jurisdicción o la mediación, no determina qué controversias son susceptibles de ser mediadas, sino que el diverso artículo 4⁴⁷ de la referida ley menciona que

⁴⁶ Nuevo León. Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León, de 13 de enero de 2017, núm. 6, Sección Tercera, pp. 3-35. [Consultado 08 enero 2017]. Disponible en: http://sgi.nl.gob.mx/Transparencia_2015/Archivos/AC_0001_0007_00160858_000001.pdf.

⁴⁷ “Artículo 4. Los mecanismos alternativos serán aplicables solamente en los asuntos que sean susceptibles de convenio, que no alteren el orden público, no contravengan alguna disposición legal expresa o no afecten derechos de terceros, debiendo en todo caso observarse las siguientes consideraciones:

métodos alternos de solución de conflictos se aplicarán a los asuntos susceptibles de convenio, que no alteren el orden público, que no contravengan disposiciones legales expresas y que no afecten derechos de terceros. En el arbitraje mexicano, el Código de Comercio de los EUM en su artículo 1423 establece la definición del acuerdo de arbitraje, sin embargo, no hace mención alguna de los conflictos sujetos a arbitraje. El referido Código de Comercio en el artículo 1 que los actos comerciales se regirán por el citado Código y las demás leyes mercantiles pero no se establece de manera clara las controversias susceptibles de arbitrar.

En el caso de España, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles establece en su artículo 6 punto 2 antes transcrito que el objeto de la mediación es el “compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir” (Boletín Oficial del Estado, 2015) entre las partes, siendo que el ámbito de aplicación de dicha ley es a las mediaciones de asuntos civiles o mercantiles incluyendo disputas transfronterizas “siempre que no afecten derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes” (Boletín Oficial del Estado, 2015) según lo establece el artículo 2⁴⁸, con lo cual se delimita el objeto de la mediación en España a las disputas civiles y mercantiles que estén a disposición de las partes. En el arbitraje, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje menciona en su artículo 9 punto 1 antes mencionado que el convenio arbitral deberá expresar la voluntad de los

I. Los derechos y obligaciones pecuniarias de los menores o incapaces, podrán someterse a los mecanismos alternativos, por conducto de quienes ejerzan la patria potestad o tutela, con exclusión de los asuntos que requieran autorización judicial, en los términos de la legislación vigente;
II. En los asuntos del orden Civil o Familiar que se encuentren en ejecución de sentencia se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles del Estado;
III. Podrán ser objeto de un mecanismo alternativo asuntos vecinales, comunitarios o colectivos, y en general toda aquella controversia en que las obligaciones derivadas de su solución puedan ser de contenido moral o social; y
IV. Las que resulten de la aplicación de éste y demás ordenamientos jurídicos.” (H. Congreso del Estado de Nuevo León, 2017)

⁴⁸ “Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español. ...” (Boletín Oficial del Estado, 2015)

contratantes de someter sus disputas a resolución arbitral, siendo las disputas susceptibles de arbitrar son aquellas controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho según menciona el artículo 2 punto 1 de la Ley 60/2003⁴⁹.

Como se hizo mención con antelación, tanto las legislaciones mexicanas como las españolas establecen que el objeto de los métodos alternos de solución de conflictos que enmarca cada una de las normas jurídicas es someter al mecanismo correspondiente los conflictos de las partes contratantes, haciendo especial mención que dichos ordenamientos jurídicos son aplicables a los asuntos que sean susceptibles de convenio, que no afecten el orden público, es decir, que no vayan en contra de las disposiciones legales expresas, además de que los asuntos no afecten derechos y obligaciones de terceros, lo cual refiere que sean derechos y obligaciones que estén a disposición de las partes, lo cual implica que no afecten los derechos y obligaciones de terceros.

En el caso de la Ley 5/2012 y la Ley 60/2003 de España, ambas normas tienen el mismo objeto o contenido en sus respectivos mecanismos alternos puesto que cada ley se avoca a las materias o derechos y obligaciones que estén a la libre disposición de las partes o que esté sujeto a la disposición de los contratantes, siendo que una “se enuncia de modo positivo (arbitraje) y otra de modo negativo (mediación), pero en los dos casos se está diciendo lo mismo: Cabe someter a arbitraje o mediación aquello sobre lo que las personas tienen libre disposición conforme a Derecho” (Montero Aroca, 2015, pág. 47), lo cual también es aplicable a los ordenamiento jurídicos de los EUM, puesto que la Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León y el Código de Comercio de los EUM también refieren con palabras diversas que el objeto de la mediación y del arbitraje son los

⁴⁹ “Artículo 2. Materias objeto de arbitraje.

1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.” (Boletín Oficial del Estado, 2015)

derechos y obligaciones de las partes, los cuales no deben incidir ni afectar los derechos y obligaciones de terceros, además de no afectar el orden público.

En lo concerniente al arbitraje, el objeto debe ser posible y determinado, el cual “consiste en la realidad social externa –el <<bien susceptible de utilidad e interés>>--, acotados y moldeados por la voluntad de las partes, sobre los que ha de incidir la conducta contractual programada” (García-Pita y Lastres, 2010, pág. 1420), por consiguiente, el objeto del acuerdo o convenio arbitral son las materias controvertidas o las cuestiones litigiosas como afirma García-Pita y Lastres (2010), mismas que deberán estar a libre disposición de las partes según los ordenamientos jurídicos de mediación y arbitraje antes mencionados, conformando lo que se denomina el Principio de Disponibilidad Material mencionado por el referido autor García-Pita y Lastres (2010).

En el mismo sentido, la doctrina menciona que de acuerdo a la falta de delimitación negativa del objetivo del arbitraje y conforme a la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 2003, se presenta la presunción positiva de una disponibilidad arbitral según Verdera Server (2009), puesto que ante una clara vocación de amplitud e indeterminación de las “materias” de arbitraje como menciona el autor, se concluye que “cualquier materia es susceptible de ser sometida a arbitraje, salvo que se acredite que se trata de una materia sobre la que las partes carecen de libre disposición” (Verdera Server, 2009, págs. 98-99). Coinciden con lo anterior Merino Merchán & Chillón Medina (2014), quienes mencionan que el objeto del convenio arbitral lo conforman las controversias o los conflictos actuales o futuros entre las partes, controversias carentes de clasificación, con lo cual los autores concluyen que ante el silencio de la legislación se admite que cualquier tipo de conflicto puede estructurarse en el convenio arbitral. Con lo anterior, se puede deducir que cualquier materia de la que los titulares tengan disposición sin limitación alguna es arbitrable y que las cuestiones que el legislador no haya excluido pueden ser arbitrables según Merino Merchán & Chillón Medina (2014).

Ante la indefinición de la Ley 60/2003 de Arbitraje del concepto de “materias”, no se aportan indicios del objeto de dicho método alternativo según Verdura Server (2009), quien refiere que aunque el artículo 41.1 de la ley de arbitraje española enumera y enuncia las causales de anulación de los laudos, no se hace referencia a que el laudo verse sobre materias no arbitrables sino que el inciso e) del referido artículo 41.1⁵⁰ menciona como causa de nulidad que la resolución arbitral sea sobre “cuestiones no susceptibles de arbitraje”, con lo cual no se aclara en absoluto la concepción de qué materias son susceptibles de arbitraje, y cuestión similar sucede con la legislación mexicana que menciona en el artículo 1457 fracción II⁵¹ del Código de Comercio de los EUM que el laudo arbitral podrá ser anulado por el juez competente cuando dicho juzgador compruebe de conformidad con la ley mexicana que el objeto del conflicto no es susceptible de arbitraje o que el laudo emitido era contrario al orden público.

⁵⁰ “Artículo 41. Motivos.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.

b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.

d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.

e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje. f) Que el laudo es contrario al orden público.” (Boletín Oficial del Estado, 2015)

⁵¹ “Artículo 1457.- Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando.

I.- La parte que intente la acción pruebe que:

a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto en virtud de la legislación mexicana;

b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;

c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título; o

II.- El juez compruebe que según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público.” (H. Congreso de la Unión, 2017)

Para Verdera Server (2009), la terminología de la ley de arbitraje española debe ser de escasa trascendencia puesto que la ley de arbitraje no limita la materia arbitrable a cuestiones de carácter patrimonial sino que carece de restricciones, siendo que el único límite directo que establece es la exigencia de libre disposición de controversias, las cuales deberán ser de libre disposición para las partes contratantes.

Por su parte, Merino Merchán & Chillón Medina (2014) establecen que los requisitos que debe reunir una controversia arbitral como objeto del convenio arbitral es que la controversia sea existente o pueda existir en el futuro, que la referida controversia sea determinada o determinable, además de que sea disponible, siendo este último aspecto el que causa controversia puesto que la ley de arbitraje no condiciona ni establece las materias con carácter inarbitrable sino que, de manera contraria, la propia ley introduce una presunción positiva favorable a la arbitrabilidad sin restricciones según los autores. Dicha presunción es el ya conocido Principio de Legalidad, donde las autoridades están obligadas a hacer todo lo que expresamente señala la ley, en tanto que los gobernados y particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley, con lo cual tanto las normas españolas como las mexicanas aplican de manera implícita al no prever ninguna de ellas disposición alguna que determine las materias susceptibles de mediación y arbitraje, bastaría simplemente con que las controversias fueran de libre disponibilidad para las partes y que no afecten a derechos y obligaciones de terceros, respetando el orden público.

Cabe destacar que como ya se mencionó en el capítulo 6, el orden público limita el principio de voluntariedad de las partes contratantes además de limitar las materias susceptibles de mediación y arbitraje, sin embargo, el orden público no sólo funge como limitante en la implementación de los métodos alternos de solución de conflictos, sino que también tiene el carácter de ser una causal de anulación del laudo como menciona Verdera Server (2009), razón por la cual dicho aspecto se encuentra en el marco legal de los mecanismos alternos al ser elemento principal sobre el cual gira toda norma y todos los actos jurídicos.

8.4 Objeto de la cláusula MED-ARB

Objeto de la cláusula MED-ARB

Establecido lo anterior respecto a la mediación y al arbitraje, en el caso de la cláusula escalonada o híbrida de mediación-arbitraje, es loable afirmar que como los elementos de la forma, los elementos del objeto de la mediación y del arbitraje son de aplicación supletoria a la cláusula escalonada MED-ARB, toda vez que la misma se compone por la mediación y el arbitraje, conllevando por consecuencia las disposiciones legales aplicables a cada uno de dichos métodos alternos de solución de conflictos.

Como ya se hizo mención el objeto del acto jurídico versa sobre derechos reales u obligaciones creadas o transmitidas para producir consecuencias de derecho, por tanto, la cláusula escalonada MED-ARB versa sobre la obligación de someter a mediación y posteriormente al arbitraje las controversias presentes o futuras de las partes, como se prevé en los artículos 43 y 4 de la Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León, los artículos 1423, 1 y 1457 del Código de Comercio de los EUM, los artículos 6 y 2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y los artículos 9, 2 y 41 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

En lo concerniente a la posibilidad física de someter controversias a un procedimiento MED-ARB, los referidos dispositivos legales antes citados establecen que las disputas o asuntos susceptibles de mediación y de arbitraje no deberán alterar el orden público, tampoco deberán ir en contra de las disposiciones legales expresas, así como no deberán afectar los derechos y obligaciones de terceros o que no estén a disposición de las partes, por consecuencia, solamente pueden ser materia de mediación y arbitraje aquellas controversias de libre disposición para las partes, lo cual quiere decir que las partes podrán someter a mediación-arbitraje las disputas que estén sujetas a las propias partes o los derechos de los que las partes sean titulares, excluyendo todo aquello que afecte el orden público.

La posibilidad jurídica de la cláusula MED-ARB implica que el compromiso de someter las controversias a mediación-arbitraje se reconozca por las legislaciones y normas jurídicas, lo cual está expresamente reconocido por las legislaciones mexicanas y españolas siempre y cuando no el objeto del procedimiento MED-ARB no atente sobre el orden público y las disputas sean susceptibles de mediar y arbitrar, lo cual como ya se ha mencionado anteriormente es flexible para las legislaciones de métodos alternos de solución de conflictos puesto que no definen expresamente qué asuntos son materia de mediación y arbitraje más que la vaga delimitación de aquellos que “sean de libre disposición para las partes”, lo cual al no estar expresamente determinado por la ley, se deduce que todo aquello que no esté prohibido por la misma, estará permitido para mediar y arbitrar, en el entendido que no infrinja otro ordenamiento jurídico y con ello, afecte el orden público que impera en la sociedad.

Si bien el objeto de la cláusula MED-ARB es claro puesto que es la obligación de las partes de someter sus controversias a la mediación y al arbitraje de manera posterior, la flexibilidad de las normas permite que las materias de arbitraje queden a disposición de las partes los asuntos a gestionar a través de métodos alternos, flexibilidad que también destaca en la forma en que las legislaciones de mediación y de arbitraje regulan dichos mecanismos en México y en España puesto que solamente hacen mención de que las cláusulas de mediación y el acuerdo o convenio arbitral deberán constar por escrito o en su defecto por cualquier medio electrónico, óptico o de otro tipo en el que conste y sea accesible el acuerdo de voluntades.

Vale la pena hacer mención de que aunque la legislación, tanto mexicana como española, siendo éstas la Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León, el Código de Comercio de los EUM, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, no prevé extensas formalidades en la elaboración de una cláusula de mediación y un acuerdo o convenio arbitral, la doctrina recomienda que en la cláusula MED-ARB se determine de manera clara y concisa la obligación que deben cumplir las partes contratantes, así como los

tiempos en que deberá de cumplimentarse la obligación de las partes al suscribir un acuerdo de métodos alternos de solución de conflictos, sea mediación o arbitraje, e incluso si se trata de una cláusula escalonada, con mayor fundamento y sustento deberá especificarse la forma y el tiempo de la obligación que contraen las partes.

De la misma manera, la determinación y delimitación del tiempo que conllevará tanto la mediación como el arbitraje son fundamentales para la redacción e implementación de las cláusulas MED-ARB puesto que la carencia de dichos elementos propicia una imposibilidad de exigir el cumplimiento de la misma por las partes al no quedar establecido de manera clara cuándo comienza y cuándo finaliza cada una de las etapas del procedimiento escalonado de mediación-arbitraje e inclusive la mencionada delimitación restringirá que las partes interpreten a su libre albedrío e intereses lo suscrito en las cláusulas escalonadas, con lo cual los contratantes no podrán dilatar el procedimiento alegando falta de claridad o interpretaciones diversas de una misma disposición.

CAPÍTULO 9: COMPROBACIÓN CUALITATIVA DE APLICACIÓN DE ENTREVISTAS SEMIESTRUCTURADAS A EXPERTOS Y ABOGADOS LITIGANTES EN MASC DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y ESPAÑA.

Como parte del programa doctoral en curso, la elaboración de la tesis para la obtención del grado doctoral es el aspecto de mayor relevancia del plan de estudios. Tesis doctoral que busca aportar y crear ciencia en diversos aspectos académicos de la rama de los MASC a través de la comprobación y validación de hipótesis mediante instrumentos cualitativos de investigación, siendo el caso del presente apartado la aplicación de entrevistas semiestructuradas.

Se aplicarán 9 entrevistas semiestructuradas a expertos, abogados litigantes, mediadores y docentes en MASC de los Estados Unidos Mexicanos (EUM) y España, con el objeto de conocer la opinión y criterios de los principales actores en MASC respecto a la implementación y aplicación de la cláusula MED-ARB en contratos civiles y mercantiles.

9.1 Definición del instrumento

Para poder tener un acercamiento a la opinión de expertos, abogados, mediadores, así como docentes de MASC respecto a las cláusulas MED-ARB, se optó por el instrumento cualitativo de investigación denominado entrevista semiestructurada puesto que éste consiste en una entrevista donde el “entrevistador dispone de un <<guión>>, que recoge los temas que debe tratar a lo largo de la entrevista” (Corbetta, 2007, pág. 351). Este tipo de entrevista se caracteriza por basarse en una guía o guión de preguntas, donde “el entrevistador tiene la libertad de introducir preguntas adicionales para precisar conceptos u obtener mayor información sobre los temas deseados” (Hernández Sampieri, Fernández-Collado, & Baptista Lucio, 2006, pág. 597).

Como menciona Hernández Sampieri, Fernández-Collado & Baptista Lucio (2006), Corbetta (2007) afirma y reitera que en la entrevista semiestructurada el guión del entrevistador es flexible y puede ser modificado libremente en el orden de los temas a tratar, la manera de formular las interrogantes, además de que el entrevistador puede plantear preguntas que a su criterio sean oportunas planteando la conversación como considere conveniente, lo cual quiere decir que la entrevista semiestructurada posee un guión general, cuya información puede ser cambiada, modificada o alternada por el entrevistador a manera de que pueda obtener la información de todos los temas relevantes sin tener que seguir estrictamente un cuestionario. Este instrumento otorga libertad al entrevistador y al entrevistado de expresarse y abordar los temas previstos según Corbetta (2007), permite el desarrollo de los temas que surjan en la entrevista para que el propio entrevistador compranda al sujeto entrevistado según menciona el autor.

Se estudian estas opiniones por la singularidad de la situación o del tema, por la complejidad de las dimensiones de las respuestas del entrevistado y por la cultura de los entrevistados, que de acuerdo con Corbetta (2007), son los principales tres motivos para optar por un instrumento cualitativo de este tipo, lo cual se adecúa a la presente investigación puesto que las cláusulas MED-ARB, como cláusulas híbridas o escalonadas, no son implementadas con la misma frecuencia que una cláusula arbitral o un pacto de mediación, contando con una singularidad que induce al investigador a recurrir a los principales actores que están en contacto o relación directa con ellas; la complejidad de las respuestas se presenta al momento en que el entrevistado no contestará de la misma manera que los demás sujetos de estudio, en virtud de que se busca la opinión y la experiencia del experto en el tema, y no solamente una respuesta dicotómica; y la cultura de los entrevistados por el hecho de que no todos tienen la misma formación académica y experiencia profesional que conlleve a respuestas similares, por tanto, la entrevista semiestructurada permite esa diversidad de respuestas en las entrevistas.

9.2 Elección del instrumento cualitativo para la investigación

En líneas anteriores se había mencionado que los sujetos de estudio serán expertos, mediadores, abogados, árbitros y profesores de MASC, a quienes se les entrevistará por considerar que su opinión en el tema es de relevancia al ser ellos mismos los principales actores del tema a investigar que es la implementación, aplicación y ejecución de las cláusulas escalonadas en contratos del Sector Energético.

Así mismo, es relevante mencionar que se optó por entrevistas semiestructuradas por el perfil de los sujetos de estudio, puesto que al tener éstos diversas y variadas profesiones, resulta complicado reunir a la mayoría de los mismos en un mismo lugar y hora para poder comparar y contrastar sus opiniones respecto al tema que nos ocupa, por consiguiente, de los instrumentos cualitativos de investigación se eligió la entrevista semiestructurada por ser una manera objetiva de plantear diversos temas y puntos a tratar a diversos expertos, y validar las variables de investigación. Se tomó en consideración la disponibilidad de los expertos para realizar la entrevista, la cual permitió la manifestación de su perspectiva de manera libre y no limitativa.

9.3 Población y muestra

El empleo del concepto de población hace referencia al grupo de unidades con el que se desea tener determinada información según Cea D’Ancona (2001), el cual aplicado a la presente investigación se compondrá de expertos, abogados, mediadores, dirigentes de autoridades nominadoras y docentes de MASC. El tipo de muestreo, que es el proceso de selección de las unidades, consiste en un muestreo no probabilístico puesto que la “elección de los elementos no depende de la probabilidad, sino de causas relacionadas con las características de la investigación o de quien hace la muestra” (Hernández Sampieri, Fernández-Collado, & Baptista Lucio, 2006, pág. 241), lo cual quiere decir que las muestras se seleccionan dependiendo sus características para lograr los objetivos de la investigación, que en este caso se busca un perfil

determinado de los entrevistados para obtener su opinión y experiencia en cuanto a la aplicación de las cláusulas escalonadas en contratos. De acuerdo con Hernández Sampieri, Fernández-Collado & Baptista Lucio (2006), la clasificación de la muestra consiste en una muestra de expertos por la evidente necesidad en el estudio de obtener la opinión y perspectiva de individuos que sean expertos en el tema por la propia singularidad del mismo. De la misma manera, además de ser una muestra enfocada a expertos, ésta consistirá en una muestra diversa o de máxima variación, la cual es clasificada por Miles y Huberman (1994) y Creswell (1998 y 2005) como una muestra de orientación hacia la investigación según Hernández Sampieri, Fernández-Collado & Baptista Lucio (2006). Para las entrevistas semiestructuradas se define también la muestra diversa o de máxima variación porque “se busca mostrar distintas perspectivas y representar la complejidad del fenómeno estudiado, o bien, documentar diversidad para localizar diferencias y coincidencias, patrones y peculiaridades” (Hernández Sampieri, Fernández-Collado, & Baptista Lucio, 2006, pág. 567). Con lo anterior, se puede señalar que los sujetos de estudio conformarán una muestra de expertos conocedores del tema de investigación, mismos que deberán reunir ciertas características pero que a la vez son diferentes entre sí, es decir, que sean expertos en el tema por haber estado en contacto directo con el mismo pero no provengan del mismo contexto o la misma zona geográfica, o que no tengan exactamente la misma formación académica y profesional, esto con el objeto de lograr obtener enfoques distintos sobre la misma cuestión propiciando una diversidad de opiniones.

9.4 Tamaño de la muestra para la investigación

En la aplicación de las entrevistas semiestructuradas, el universo con los expertos en MASC; la población son los expertos, abogados, mediadores, dirigentes de autoridades nominadoras y docentes con experiencia profesional en el tema; la muestra consistirá en 9 entrevistados, de los cuales 5 son expertos españoles y 4 son expertos mexicanos, todos con especialización en MASC. En el caso de los sujetos mexicanos de estudio, se contó con la participación de: un

abogado de firma jurídica especialista en materia mercantil y civil, así como en arbitraje que a su vez es docente; un abogado y árbitro de firma jurídica; un abogado de firma jurídica, docente y con experiencia en arbitraje; una abogada con especialidad en materia mercantil y civil, que además cuenta con un doctorado en métodos alternos de solución de conflictos y es docente. De los 5 expertos españoles se destaca que todos los entrevistados son abogados, sin embargo, cada sujeto cuenta con su propia formación: una abogada especializada en derecho mercantil y civil, que a su vez es mediadora, docente y cuenta con doctorado en derecho; un abogado, mediador y coach; un abogado y dirigente de una autoridad nominadora; una abogada y mediadora; y una abogada y mediadora de una firma jurídica.

9.5 Aproximación a sujetos de estudio

Para la obtención de las entrevistas semiestructuradas se procedió a realizar primeramente un perfil del sujeto de estudio, destacando que el mismo debía contar con experiencia en el tema de las cláusulas escalonadas, específicamente de las cláusulas MED-ARB, además de tener una formación relacionada con dichas cláusulas, de preferencia abogados, por tener una mayor probabilidad de tener un contacto directo con el tema de investigación al ser los propios abogados quienes redactan los contratos con cláusulas MASC o por ser éstos quienes participan en mediaciones y arbitrajes defendiendo o asesorando a sus clientes. Posteriormente se realizó una lista de los sujetos que contaban con las características necesarias para comenzar su búsqueda. De los 4 expertos mexicanos, todos fueron localizados por medio del ámbito académico puesto que en su mayoría son docentes de posgrado, maestría o doctorado en derecho, algunos son residentes de Monterrey, Nuevo León y otros no, pero todos fungen como profesores en temas relacionados con contratos mercantiles y civiles o en MASC, unos en la Universidad Autónoma de Nuevo León y otros en la Universidad de Monterrey.

En el caso de los expertos españoles, se tuvo el acercamiento con ellos por la cercanía de éstos con el personal docente de profesores mexicanos, además de que la investigadora llevó a cabo

una estancia de investigación en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España para la recolección de datos muestrales y entrevistas semiestructuradas, además de cursar un diplomado en métodos alternos de solución de conflictos. De la muestra de 5 expertos españoles se puede destacar que 4 de ellos son abogados con experiencia profesional que a su vez son docentes en métodos alternos, siendo que uno de los expertos, abogado y funcionario de una institución nominadora, fue contactado a través de uno de los entrevistados para realizar la entrevista.

9.6 Delimitación del instrumento

De las 9 entrevistas semiestructuradas aplicadas a expertos en métodos alternos de solución de conflictos, 5 entrevistas fueron aplicadas a expertos españoles y 4 a expertos mexicanos, todos con *expertise* en MASC. Cabe aclarar que de los expertos españoles, 4 son de nacionalidad española y 1 de nacionalidad argentina, sin embargo, todos ejercen e implementan los MASC en Madrid, España, por ser la ciudad donde residen y donde laboran profesionalmente. En el caso de los sujetos mexicanos, 3 residen y laboran en Monterrey, Nuevo León, siendo que 1 reside y labora en la Ciudad de México.

Como ya se mencionó en apartados anteriores, entre los sujetos españoles se encuentra una abogada, mediadora y docente, con estudios de doctorado en derecho, cuya especialidad es el derecho mercantil y civil; un abogado, mediador y coach; un abogado y funcionario administrativo de una institución nominadora de MASC; una abogada y mediadora en materia civil; y una abogada y mediadora de firma jurídica. De los sujetos mexicanos destacan un abogado litigante en materia mercantil y civil, con experiencia en arbitraje, quien además es docente; un abogado litigante y árbitro de firma jurídica; un abogado litigante de firma jurídica, quien también es profesor de posgrado y cuenta con experiencia en arbitraje; una abogada en materia mercantil y civil, quien también es doctora en métodos alternos de solución de conflictos y docente.

Todos los sujetos de estudio a quienes se les aplicó la entrevista semiestructurada consisten en expertos en métodos alternos de solución de conflictos, sea negociación, conciliación, mediación o arbitraje, además de conocer el tema de investigación que versa sobre las cláusulas escalonadas MED-ARB (véase Anexo 14.1 del apartado de Anexos para consultar el perfil de los sujetos de estudio). Cabe destacar que se eligió un muestreo no probabilístico, donde la muestra de expertos era una muestra diversa o de máxima variación porque los sujetos de estudio se eligieron conforme a los objetivos de la investigación, por tanto, su perfil debía cumplir con determinados aspectos, como el hecho de ser expertos en MASC, conocer y tener experiencia en la aplicación de dichos métodos y cláusulas escalonados. Se habla también de una muestra diversa o de máxima variación puesto que en la presente investigación se pretende demostrar diversas perspectivas en la opinión de expertos en el tema, es decir, se busca exponer la opinión de expertos en MASC de diversos ámbitos geográficos y perfiles profesionales para poder representar el contexto y la complejidad del tema estudiado desde diversos puntos de vista.

Durante el periodo de tiempo de 2 años se aplicaron las entrevistas semiestructuradas a los expertos en métodos alternos de solución de conflictos, comenzando primero a aplicar el instrumento cualitativo a 2 sujetos de estudio mexicanos, después, en enero del año 2017 la investigadora realizó la estancia de investigación de 3 meses en Madrid, España, por lo cual durante ese tiempo se entrevistó a los 5 sujetos españoles, en tanto que en mayo y junio del presente año se procedió a entrevistar a 2 sujetos de estudio mexicanos.

9.7 Diseño del instrumento

El instrumento cualitativo, consistente en una entrevista semiestructurada, se aplicó a expertos en el tema de investigación de las cláusulas MED-ARB, así como a expertos en mediación y arbitraje, como MASC, tanto de España como en los Estados Unidos Mexicanos (EUM), mismos que tenían el carácter de abogados, árbitros y/o mediadores, así como funcionarios de instituciones, autoridades nominadoras u organismos reguladores de MASC

que conozcan o hayan formado parte de un arbitraje o mediación comercial relativa o similar las previstas en los contratos del Sector Energético que incluyan dentro de los acuerdos de las partes contratantes las cláusulas híbridas o escalonadas, conocidas como las cláusulas MED-ARB.

La entrevista semiestructurada inicialmente contaba con 17 a 18 preguntas al momento de realizar el pilotaje, en donde participaron 2 sujetos, primeramente un doctor en derecho, abogado asesor en arbitrajes, así como docente e investigador de métodos alternos de solución de conflictos, y en segunda instancia a un doctor en derecho, abogado, docente y con experiencia en materia mercantil y civil, además de mediaciones.

Posteriormente a la aplicación del pilotaje, se redujo el número de preguntas puesto que algunas eran repetitivas, con lo cual quedó una entrevista semiestructurada de 15 preguntas, instrumento que fue elaborado a partir de una categorización y codificación de las variables de la investigación (véase Anexo 14.2 del apartado de Anexos), que consisten en la voluntad de las partes, la naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB, la forma legal y el objeto de la citada cláusula como elementos fundamentales de las cláusulas MED-ARB en los contratos del sector energético internacional. Es a partir de las variables, la hipótesis y la pregunta de investigación que se elaboran las preguntas semiestructuradas para conocer la opinión y perspectiva del experto en MASC.

El instrumento de entrevista semiestructurada contiene una autopresentación del doctorando entrevistador, en la cual se presentará a sí mismo, al tema de investigación y establecerá las pautas de la entrevista, posteriormente se realizarán 4 preguntas generales que incluyen la presentación y opinión del entrevistado de MASC, 4 preguntas descriptivas respecto a dónde y cuándo ha visto el entrevistado una cláusula híbrida o escalonada en su área de expertise, 3 preguntas de estructura que plantean la pregunta de investigación, la hipótesis y las variables cuestionando al entrevistado su perspectiva de qué elementos considera que son elementales en una cláusula compromisoria escalonada, 4 preguntas de contrastación que buscan la

perspectiva del entrevistado en cuanto a los aspectos favorables y desfavorables de una cláusula compromisoria híbrida o escalonada, así como las razones por las cuáles no se implementa en la práctica y, finalmente, el cierre de la entrevista y registro del sujeto entrevistado.

Ahora bien, una vez corregido el cuestionario de la entrevista para su aplicación, se modificó el tamaño de la muestra para quedar en 9 entrevistas a realizar, de las cuales 5 se realizarán en Madrid, España, y 4 se realizarán en Monterrey, México, en ambos casos se aplicarán los instrumentos a expertos en métodos alternos de solución de conflictos, abogados litigantes de MASC, árbitros y mediadores que conozcan, hayan implementado cláusulas escalonadas en la práctica jurídica.

9.8 Prueba piloto 1 y 2 de entrevistas semiestructuradas

Respecto a la aplicación del pilotaje 1 y 2, de los resultados obtenidos de la implementación de 2 entrevistas semiestructuradas se concluye que el planteamiento del problema, la hipótesis y las variables son acertados, en tanto que guardan relevancia directa con el tema de estudio, sin embargo, también se obtuvieron elementos nuevos que, a criterio de los entrevistados, deben considerarse en el tema de investigación. A continuación se describirá de manera breve la información y resultados obtenidos por el investigador a partir de las 2 entrevistas semiestructuradas realizadas.

Como resultado de las 2 entrevistas realizadas se encontró que los MASC más utilizados en México son la mediación, la conciliación y el arbitraje, siendo que en materia del Sector Energético se utilizan más frecuentemente la mediación y la conciliación. Respecto a la investigación, doctrina, legislación y criterios jurisdiccionales, así como de la existencia de la cláusula MED-ARB en la práctica nacional se encontró que un sujeto afirmó que no existe tanta información al respecto, siendo que de manera contraria, otro entrevistado mencionó que sí existe legislación al respecto, sí hay estudios relacionados al tema.

Tanto para el sujeto 1 como el 2, hace falta una socialización y culturización de la cláusula escalonada, como la cláusula MED-ARB, para que sea más implementada y promovida.

En cuanto a la naturaleza y obligación de la cláusula MED-ARB, se confirma por 2 sujetos que dicha cláusula posee una naturaleza contractual por la sola voluntad de las partes, en tanto que, un sujeto hace referencia de que no considera que el acuerdo de sometimiento a la mediación tenga naturaleza contractual puesto que la naturaleza de las normas que regulan el principio de voluntariedad de la mediación podrían ser de orden público o normas dispositivas. Respecto a los principios de la mediación y el arbitraje, uno de los entrevistados establece la contraposición del principio pacta sunt servanda con el principio de acceso a la justicia de las partes, siendo que otro sujeto establece la contraposición del primer principio con el de voluntad de las partes.

Los elementos de existencia y de validez del acto jurídico o de los contratos son aplicables a las cláusulas escalonadas, la voluntad, el objeto, forma legal, ausencia de vicios del consentimiento, ilicitud en el objeto y capacidad de las partes, lo cual es confirmado por los entrevistados.

Se destaca el consentimiento de las partes como el elemento que da fuerza a la cláusula escalonada, siendo dicha voluntad la de resolver el conflicto sin generar o incurrir en costos elevados por un litigio o arbitraje.

Desde la perspectiva de 2 sujetos, el objeto puede ser problemático si la obligación de mediar se contrapone con la voluntariedad de las partes o si el objeto es ilícito.

La forma de la cláusula escalonada MED-ARB debe ser por escrito y fehacientemente demostrada, recomendando un fe notarial según 2 entrevistados. Respecto a la forma del procedimiento, un sujeto mencionó que se debe buscar la imparcialidad del mediador y el árbitro que solucionarán el conflicto, teniendo a un tercero distinto para cada mecanismo. El tercer sujeto refirió la importancia de la redacción de la cláusula MED-ARB, la cual deberá

establecer cuándo se entiende por terminado el mecanismo y si dicho será condición previa para iniciar el segundo.

La importancia del orden público y las costumbres fueron mencionadas por el sujeto 2, quien refirió que dicho elemento podría ocasionar la nulidad de la cláusula.

Un elemento del acto jurídico que no se contempla para la cláusula MED-ARB es la solemnidad, en tanto que la causa podría considerarse como elemento de existencia de la referida cláusula. El costo de contratación de expertos para la solución de conflictos es un factor importante para el negocio y para la solución de conflictos relacionados al mismo puesto que las partes siempre buscarán no incurrir en gastos excesivos o pérdidas a sus negocios.

Así mismo, se resalta la consecuencia jurídica por el incumplimiento de la cláusula escalonada, la cual puede ir desde el pago de reclamaciones y daños, hasta la anulación del laudo arbitral.

Una vez descrito lo anterior, se puede concluir que las entrevistas realizadas fueron entendidas por los entrevistados, además de que cumplieron el objetivo de conocer la opinión, criterio y perspectiva de los sujetos de entrevista, así como también se pudo comprobar que el planteamiento del problema, la hipótesis y las variables son elementos susceptibles y necesarios a investigar en la presente por su relevancia para los objetivos de la investigación, mismos que pueden modificarse para agregar cuestiones, elementos y variables que no habían sido previstas por el investigador y que si se comprueban con la doctrina.

De la misma manera, se concluye que el método cualitativo de entrevista semiestructurada es un método adecuado para implementar en la presente investigación puesto que aportará la opinión y perspectiva de los principales actores del problema planteado, que son las partes contratantes, los abogados de las partes que conocen del MASC aplicado y los funcionarios y miembros de las instituciones reguladoras de MASC que resuelven los conflictos de las partes sometidos a la mediación-arbitraje a través de la cláusula MED-ARB contenida dentro del contrato celebrado por los contratantes.

9.9 Aplicación del instrumento (entrevistas semiestructuradas)

Primeramente es relevante mencionar que de acuerdo con la categorización y codificación de variables hecha por la investigadora para la elaboración del cuestionario de la entrevista semiestructurada, las variables de voluntad de las partes contratantes, naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB, la forma de la cláusula MED-ARB y el objeto de la cláusula MED-ARB fueron clasificadas y codificadas para quedar de la manera siguiente:

Variable	Codificación
Voluntad de las partes Existe una autonomía de las partes. Las partes gozan de libertad de contratar. Se manifiesta la aceptación de comprometerse. Consentimiento expreso.	A₁ - Voluntad de las partes A _{1.1} - Existe una autonomía de las partes. A _{1.2} - Las partes gozan de libertad de contratar. A _{1.3} - Se manifiesta la aceptación de comprometerse. A _{1.4} - Consentimiento expreso.
Naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB Desde la teoría contractualista, se resalta el respeto del principio de voluntad de las partes. La cláusula MED-ARB tiene naturaleza jurídica contractual. La cláusula MED-ARB crea y transmite obligaciones entre las partes.	B₂ - Naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB B _{2.1} - Desde la teoría contractualista, se resalta el respeto del principio de voluntad de las partes. B _{2.2} - La cláusula MED-ARB tiene naturaleza jurídica contractual. B _{2.3} - La cláusula MED-ARB crea y transmite obligaciones entre las partes.
Forma de la cláusula MED-ARB La cláusula debe estar por escrito. Debe exteriorizar el compromiso de manera expresa. El lenguaje claro y preciso de la cláusula MED-ARB para exigir su cumplimiento. La cláusula debe expresar el tiempo que durará cada etapa, así como cuando inicia y cuándo termina cada una de ellas.	C₃ -Forma de la cláusula MED-ARB C _{3.1} -La cláusula debe estar por escrito. C _{3.2} -Debe exteriorizar el compromiso de manera expresa. C _{3.3} - El lenguaje claro y preciso de la cláusula MED-ARB para exigir su cumplimiento. C _{3.4} -La cláusula debe expresar el tiempo que durará cada etapa, así como cuando inicia y cuándo termina cada una de ellas.
Objeto de la cláusula MED-ARB	D₄ -Objeto de la cláusula MED-ARB

<p>Manifestación de solucionar conflictos a través de métodos alternos de solución de conflictos.</p> <p>El objeto de someter conflictos a MASC está previsto en las normas o tratados internacionales.</p> <p>El objeto buscará un efecto jurídico de someterse a la mediación-arbitraje ante la aparición de conflictos.</p>	<p>D4.1 - Manifestación de solucionar conflictos a través de métodos alternos de solución de conflictos.</p> <p>D4.2 - El objeto de someter conflictos a MASC está previsto en las normas o tratados internacionales.</p> <p>D4.3 -El objeto buscará un efecto jurídico de someterse a la mediación-arbitraje ante la aparición de conflictos.</p>
--	--

TABLA 1.9 Codificación de variables. Elaboración propia del investigador.

Ahora bien, las 9 entrevistas semiestructuradas fueron transcritas y se ingresaron al software ATLAS.ti 7 para su análisis e interpretación. Para el estudio de las entrevistas semiestructuradas se procedió a generar códigos en el software, los cuales consistían en los códigos previamente establecidos en la categorización y codificación de variables de la elaboración del citado instrumento cualitativo y que aparecen en la siguiente figura:

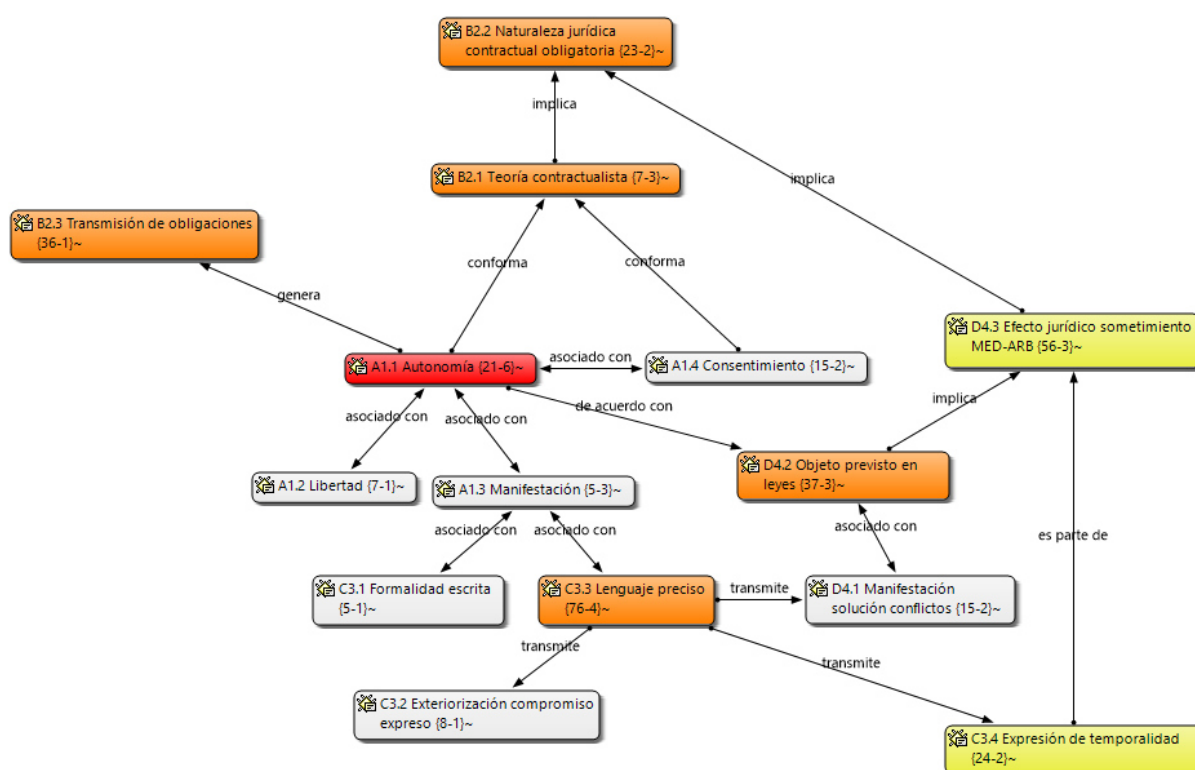


FIGURA 1.4 Relación de códigos utilizados en el análisis de instrumentos cualitativos (entrevistas semiestructuradas). Elaboración propia del investigador.

La figura 1.4 representa gráficamente la relación de los códigos utilizados por la investigadora, en donde aparece en cada cuadro el nombre del código a tratar y, entre corchetes, aparecen también dos números que muestran el número de veces que dicho código fue citado y el número de relaciones que hay entre códigos. Para entender mejor la representación de cada código en la figura 1.4, se toma como ejemplo el código principal que es el “A1.1 Autonomía {21-6}~”, el cual cuenta con dos números, siendo el primero el número de veces que una cita se relacionó con este código y el segundo, el número de códigos con los que se relaciona este código principal, es decir, que el código “A1.1 Autonomía {21-6}~” cuenta con 21 citas en las 9 entrevistas semiestructuradas que están relacionadas con el dicho concepto y, que además, dicho código principal cuenta con 6 relaciones a códigos diversos, en este caso a los códigos “A1.2 Libertad {7-1}~”, “A1.3 Manifestación {5-3}~”, “A1.4 Consentimiento {15-2}~”, “B2.1 Teoría contractualista {7-3}~”, “B2.3 Transmisión de obligaciones {36-1}~” y “D4.2 Objeto previsto en leyes {37-3}~”. Es necesario señalar que el tipo de relación que hay entre códigos se encuentra descrito entre los mismos, junto al la flecha que los une, pudiendo tener relaciones de asociación, de conformidad, de constitución (conformación), de generación, así como de transmisión.

La relación entre códigos comienza con el código “A1.1 Autonomía {21-6}~”, de color rojo, el cual es el eje central y del cual parten las relaciones con los demás códigos en la presente investigación puesto que la autonomía de la voluntad de las partes es el fundamento de todo acto jurídico y, por consecuencia, de las cláusulas escalonadas, como la cláusula MED-ARB, al ser las propias partes contratantes quienes por voluntad propia acuerdan someterse a un procedimiento MASC escalonado. Este código “A1.1 Autonomía {21-6}~” se encuentra directamente asociado con los demás códigos de la variable voluntad de las partes, los cuales son “A1.2 Libertad {7-1}~”, “A1.3 Manifestación {5-3}~” y “A1.4 Consentimiento {15-2}~” porque la autonomía de la voluntad de las partes permite que éstas tengan libertad de contratación y que manifiesten la aceptación de su compromiso y consientan expresamente que se someten a un procedimiento escalonado como el MED-ARB. De la misma manera el

código “A1.1 Autonomía {21-6}~” forma parte del código “B2.1 Teoría contractualista {7-3}~” puesto que la autonomía de la voluntad es uno de los elementos principales de la teoría contractualista, la cual explica que la autonomía es el fundamento de la teoría contractual; el código “A1.1 Autonomía {21-6}~” genera una transmisión de obligaciones entre las partes, la cual está representada con el código “B2.3 Transmisión de obligaciones {36-1}~”; así también el código “A1.1 Autonomía {21-6}~” va de acuerdo con el código “D4.2 Objeto previsto en leyes {37-3}~”, lo cual establece que las partes pueden acordar con libertad siempre y cuando el objeto del acuerdo se encuentre dentro de lo que las leyes permiten, es decir, que el objeto de la cláusula sea un sometimiento a un procedimiento escalonado que la ley prevea.

El código “A1.3 Manifestación {5-3}~” se encuentra asociado con los códigos “C3.1 Formalidad escrita {5-1}~” y “C3.3 Lenguaje preciso {76-4}~” puesto que la manifestación de la cláusula escalonada debe contar con una forma escrita y con un lenguaje claro y preciso que describa el acuerdo que las partes están realizando. Dicho lenguaje transmite el compromiso expreso de las partes, la temporalidad de la cláusula escalonada y sus etapas, así como la manifestación del objeto de la cláusula que es el sometimiento a un procedimiento escalonado MED-ARB para solucionar las controversias suscitadas, lo cual se representa con la relación del código “C3.3 Lenguaje preciso {76-4}~” con los códigos “C3.2 Exteriorización compromiso expreso {8-1}~”, “C3.4 Expresión de temporalidad {24-2}~” y “D4.1 Manifestación solución de conflictos {15-2}~”.

Respecto al código “B2.1 Teoría contractualista {7-3}~”, además de estar conformado por “A1.1 Autonomía {21-6}~”, también se conforma por “A1.4 Consentimiento {15-2}~”, mismos que se encuentran asociados entre sí, lo cual representa que los principales elementos de la teoría contractualista son la autonomía de la voluntad de las partes al contratar y dar su consentimiento de someterse a un método escalonado MED-ARB para solucionar sus conflictos. Es esta “B2.1 Teoría contractualista {7-3}~” que implica “B2.2 Naturaleza jurídica contractual obligatoria {23-2}~” puesto que la teoría contractual postula que todo contrato pactado entre

las partes debe ser cumplido de acuerdo al principio *pacta sunt servanda*, por tanto, todo contrato o acuerdo de cláusulas escalonadas MED-ARB consentido entre las partes tiene una naturaleza contractual obligatoria que indica que ese acuerdo debe cumplirse.

En cuanto al código “D4.2 Objeto previsto en leyes {37-3}~”, éste se asocia con “D4.1 Manifestación solución de conflictos {15-2}~” pero también implica “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~” porque el objeto de la cláusula escalonada debe contener una manifestación de que las partes desean someter sus controversias al procedimiento escalonado MED-ARB, efecto el cual debe expresar la temporalidad del procedimiento y de cada una de las etapas que lo conforman, lo cual se encuentra representado con el código “Expresión de temporalidad {24-2}~”.

Ahora bien, de las entrevistas semiestructuradas realizadas, existe una frecuencia de veces en que cada cita destacada fue relacionada con un código obtenido por la investigadora, frecuencias las cuales se encuentran representadas en la siguiente tabla:

Códigos	S1	S2	S3	S4	S5	S6	S7	S8	S9	TOTALES:
A1.1 Autonomía	2	0	0	7	4	3	3	0	2	21
A1.2 Libertad	0	1	1	4	0	0	1	0	0	7
A1.3 Manifestación	1	2	0	0	0	0	1	0	1	5
A1.4 Consentimiento	2	2	3	1	1	3	3	0	0	15
B2.1 Teoría contractualista	1	1	0	2	2	0	0	1	0	7
B2.2 Naturaleza jurídica contractual obligatoria	2	1	4	2	4	2	5	1	2	23
B2.3 Transmisión de obligaciones	9	4	8	4	4	2	2	2	1	36
C3.1 Formalidad escrita	1	3	0	0	1	0	0	0	0	5
C3.2 Exteriorización compromiso expreso	0	3	0	0	5	0	0	0	0	8
C3.3 Lenguaje preciso	10	6	4	5	15	8	12	8	8	76
C3.4 Expresión de temporalidad	4	1	7	0	7	0	1	0	4	24
D4.1 Manifestación solución conflictos	0	7	1	2	3	0	1	0	1	15
D4.2 Objeto previsto en leyes	2	6	4	10	1	2	6	4	2	37
D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB	4	7	13	11	11	1	1	5	3	56
TOTALES:	38	44	45	48	58	21	36	21	24	335

TABLA 1.10 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos a partir de variables de investigación. Elaboración propia del investigador.

La tabla 1.10 representa el número de veces que una cita mencionada por un sujeto de estudio entrevistado fue relacionada con un código, señalando en la primer columna el código a tratar; en las columnas subsecuentes el número de sujeto entrevistado que emitió la cita (S1, S2, S3, S4, S5, S6, S7, S8 o S9); en la columna final la cantidad total de citas que se relacionaron con cada código; y en la última fila de la tabla se muestra la cantidad total de citas emitidas por sujeto.

De la referida tabla se puede observar que el número de citas emitidas por cada sujeto varía puesto que la información y opiniones dadas por los diversos sujetos también varía, sin embargo, también se puede observar y destacar los códigos que se relacionaron en mayor medida con las citas seleccionadas de cada sujeto y, por tanto, que se encontraron más presentes en el discurso emitido por cada sujeto.

A continuación se muestran 5 gráficas de barras, las cuales representan gráficamente la frecuencia de citas relacionadas con códigos de cada una de las variables de la presente investigación a manera de que el lector pueda visualizar los códigos que se presentan con mayor frecuencia en las entrevistas semiestructuradas de los 9 sujetos de estudio seleccionados como muestra por el investigador.

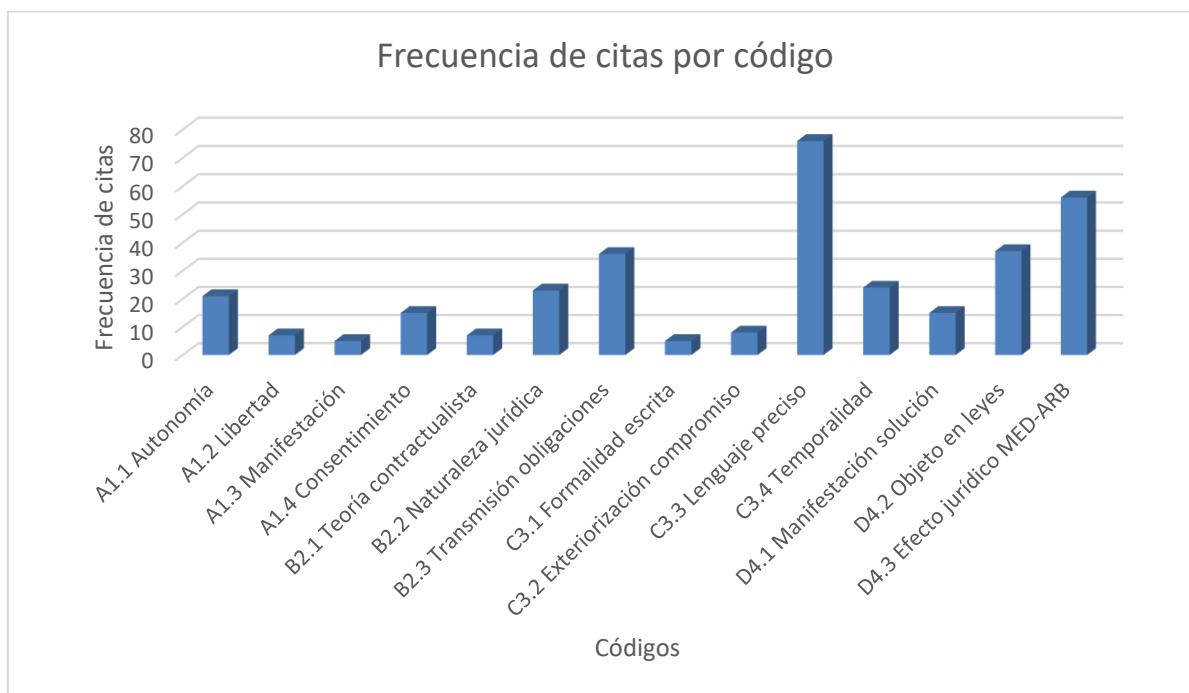


FIGURA 1.5 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos a partir de variables de investigación. Elaboración propia del investigador.

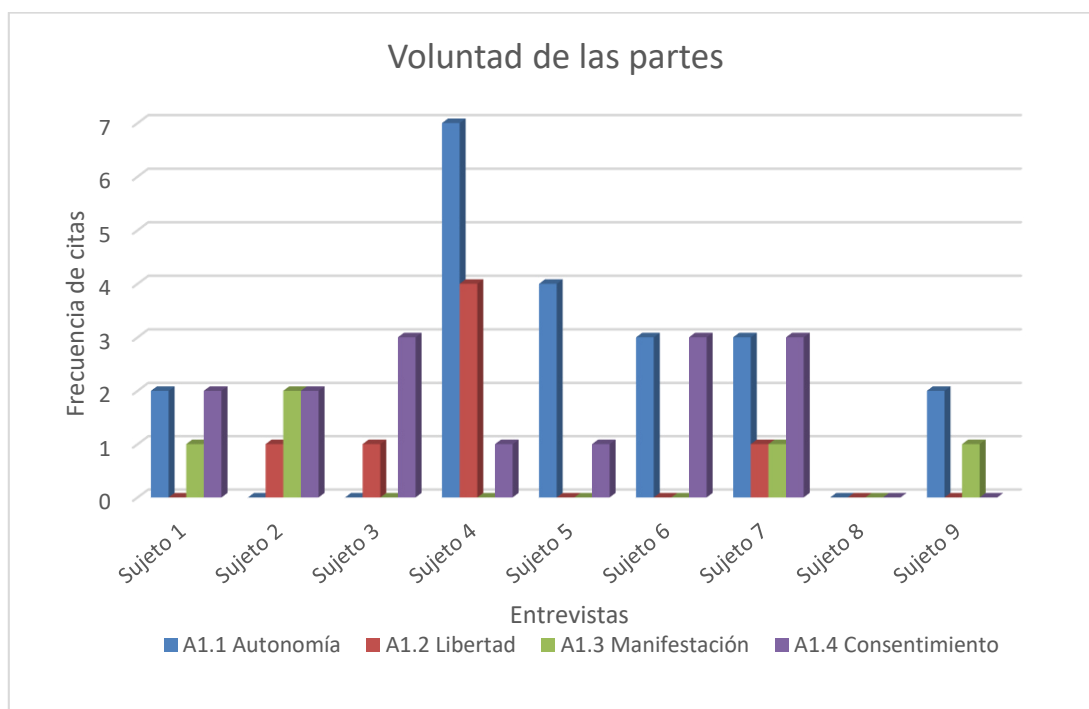


FIGURA 1.6 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos para la variable “Voluntad de las partes”. Elaboración propia del investigador.

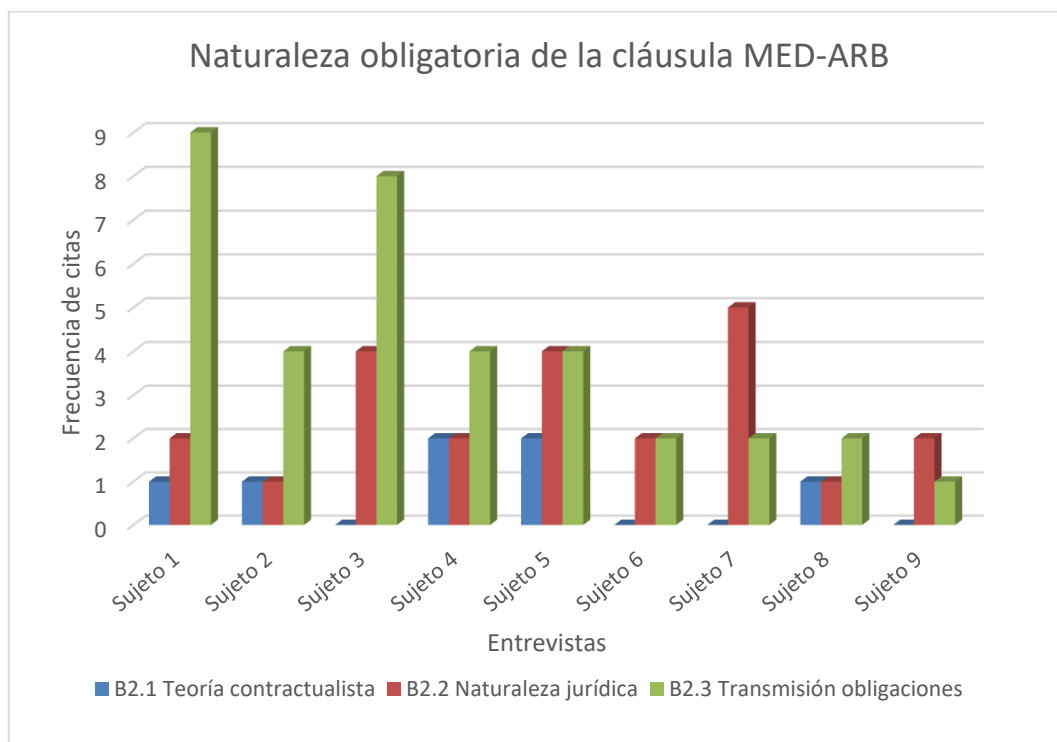


FIGURA 1.7 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos para la variable “Naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB”. Elaboración propia del investigador.

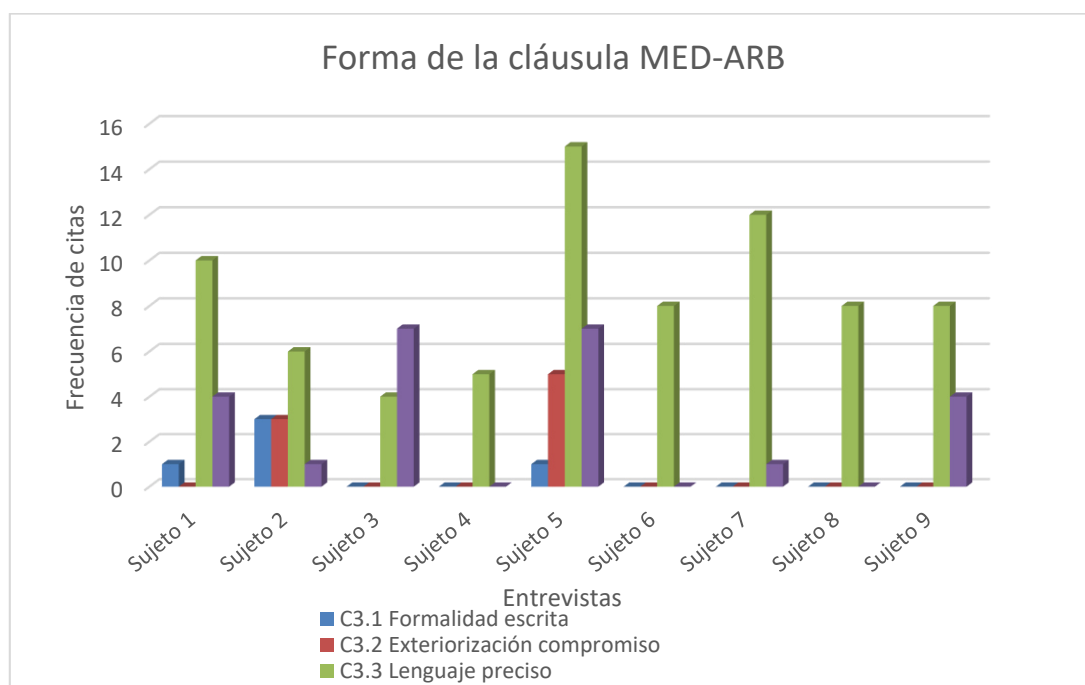


FIGURA 1.8 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos para la variable “Forma de la cláusula MED-ARB”. Elaboración propia del investigador.

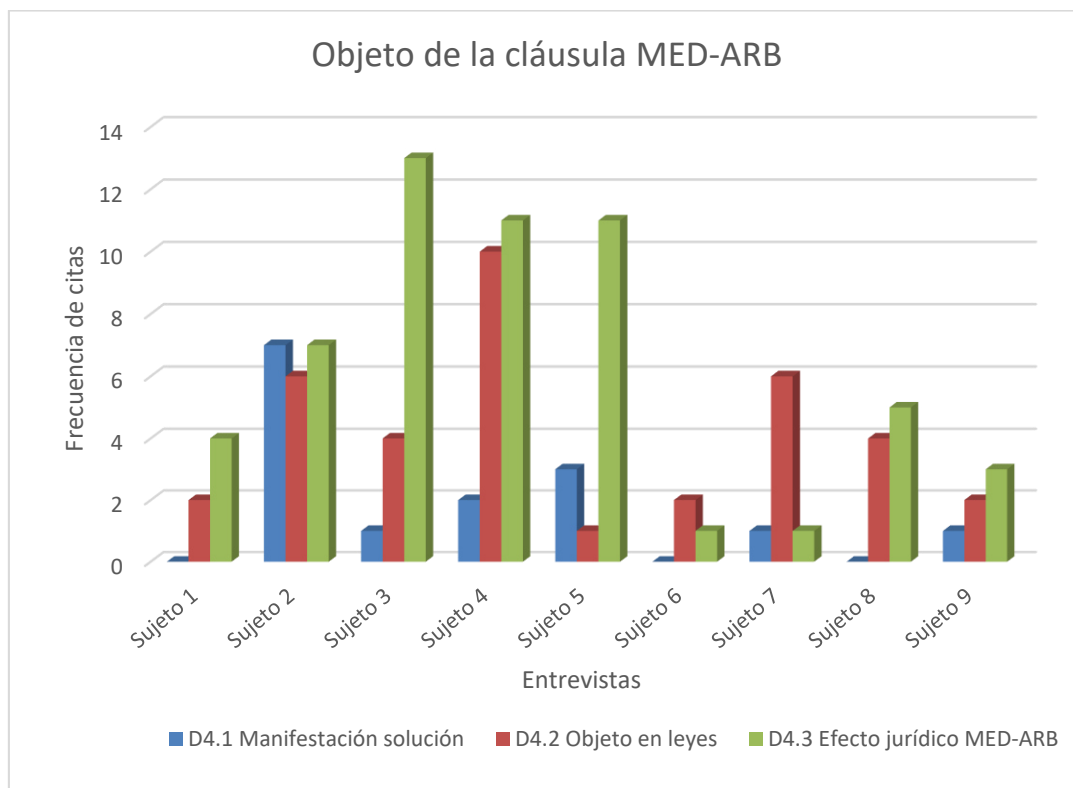


FIGURA 1.9 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos para la variable “Objeto de la cláusula MED-ARB”. Elaboración propia del investigador.

A partir de la tabla 1.10 y de las gráficas de frecuencia de citas relacionadas con códigos de cada variable de investigación (1.3, 1.4, 1.5, 1.6 y 1.7) se obtiene que de la variable voluntad de las partes, el código que más fue relacionado con citas es el código “A1.1 Autonomía {21-6}~”; de la variable naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB, el código con mayor frecuencia de citas relacionadas fue “B2.3 Transmisión de obligaciones {36-1}~”; de la variable forma de la cláusula MED-ARB, el código más relacionado con citas fue “C3.3 Lenguaje preciso {76-4}~”; y de la variable objeto de la cláusula MED-ARB, el código con mayor número de relaciones con citas fue “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~”.

De los códigos con mayor frecuencia de relación con las citas, se consideró relevante realizar una comparación de la co-ocurrencia entre códigos con la herramienta de análisis “tabla de co-ocurrencia de códigos” del software ATLAS.ti. Lo anterior, con el objeto de mostrar cual es

la tendencia que más se presenta con los códigos con mayor número de relaciones con citas en las entrevistas. De la variable “Voluntad de las partes”, el código on mayor frecuencia de relación con las citas de los entrevistados es el código “A1.1 Autonomía {21-6}~”, el cual co-ocurre con los demás códigos de la siguiente forma:

Códigos	Co-ocurrencia Código A1.1 Autonomía
A1.2 Libertad	5
A1.3 Manifestación	1
A1.4 Consentimiento	3
B2.1 Teoría contractualista	3
B2.2 Naturaleza jurídica contractual obligatoria	3
B2.3 Transmisión de obligaciones	1
C3.1 Formalidad escrita	0
C3.2 Exteriorización compromiso expreso	0
C3.3 Lenguaje preciso	1
C3.4 Expresión de temporalidad	0
D4.1 Manifestación solución conflictos	1
D4.2 Objeto previsto en leyes	2
D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB	3

TABLA 1.11 Tabla de co-ocurrencia del código “A1.1 Autonomía {21-6}~”. Elaboración propia del investigador.

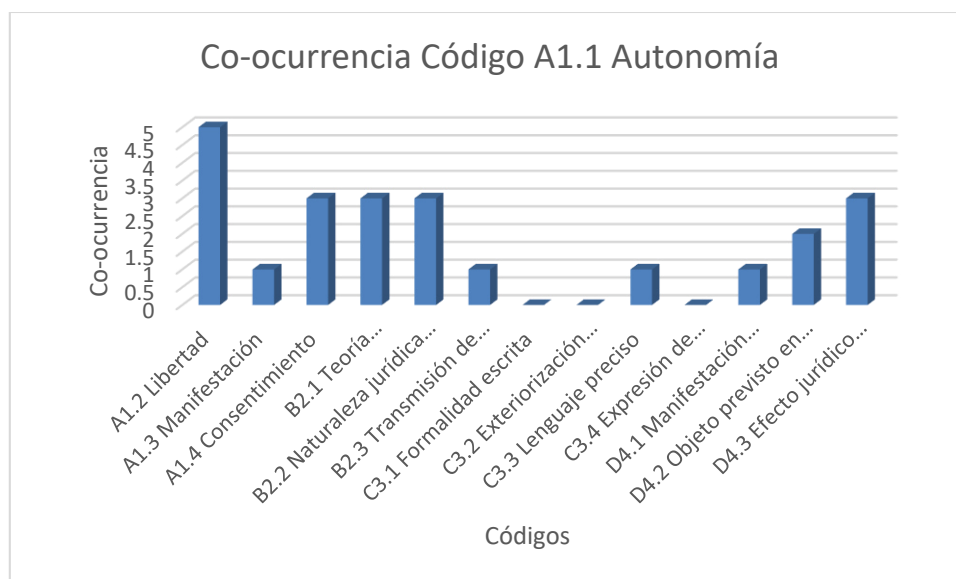


FIGURA 1.10 Co-ocurrencia del código “A1.1 Autonomía {21-6}~”. Elaboración propia del investigador.

A partir de la tabla 1.11 y la figura 1.10 se puede mostrar que el código “A1.1 Autonomía {21-6}~” coincide con mayor frecuencia con el código “A1.2 Libertad {7-1}~” y, en menor medida, coincide con los códigos “A1.4 Consentimiento {15-2}~”, “B2.1 Teoría contractualista {7-3}~”, “B2.2 Naturaleza jurídica contractual obligatoria {23-2}~” y “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~”, siendo que no coincide de manera alguna con los códigos “C3.1 Formalidad escrita {5-1}~” y “C3.2 Exteriorización compromiso expreso {8-1}~”.

En la co-ocurrencia representada con el número 5, del código “A1.1 Autonomía {21-6}~” con el código “A1.2 Libertad {7-1}~”, se demuestra que ambos códigos se presentan de manera conjunta en citas de las entrevistas realizadas, es decir, que las citas emitidas por los sujetos de estudio se relacionaron con ambos códigos en 5 ocasiones, lo cual nos puede decir que los entrevistados asocian en mayor medida el código “A1.1 Autonomía {21-6}~” con el código “A1.2 Libertad {7-1}~” en su discurso.

Respecto a la variable “Naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB”, el código “B2.3 Transmisión de obligaciones {36-1}~” co-ocurre con los demás códigos de la siguiente manera:

Códigos	Co-ocurrencia Código B2.3 Transmisión de obligaciones
A1.1 Autonomía	1
A1.2 Libertad	0
A1.3 Manifestación	0
A1.4 Consentimiento	1
B2.1 Teoría contractualista	2
B2.2 Naturaleza jurídica contractual obligatoria	9
C3.1 Formalidad escrita	0
C3.2 Exteriorización compromiso expreso	0
C3.3 Lenguaje preciso	4
C3.4 Expresión de temporalidad	3
D4.1 Manifestación solución conflictos	1
D4.2 Objeto previsto en leyes	3
D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB	14

TABLA 1.12 Tabla de co-ocurrencia del código “B2.3 Transmisión de obligaciones {36-1}~”.
Elaboración propia del investigador.

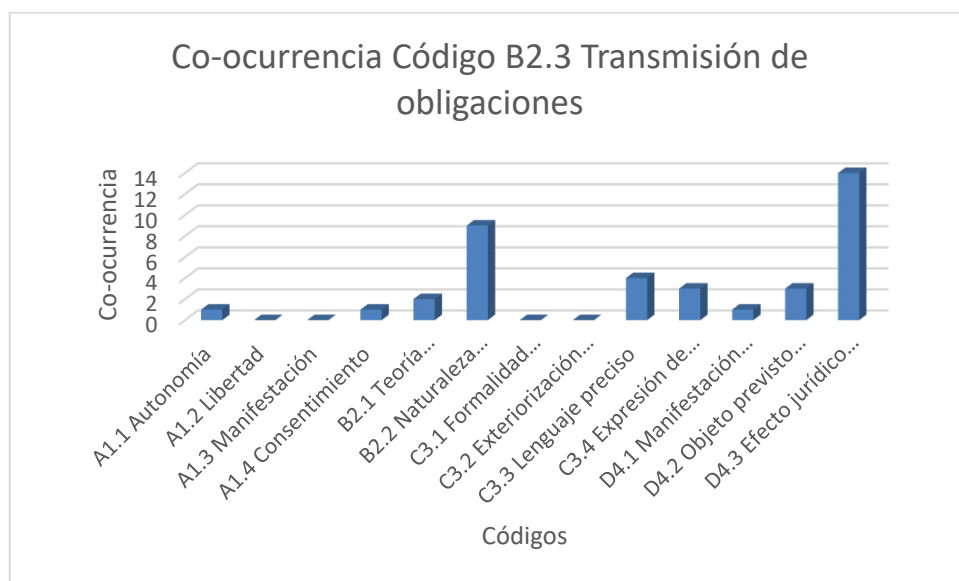


FIGURA 1.11 Co-ocurrencia del código “B2.3 Transmisión de obligaciones {36-1}~”.
Elaboración propia del investigador.

En lo que respecta al código “B2.3 Transmisión de obligaciones {36-1}~”, la tabla 1.12 y la figura 1.11 muestran que dicho código se relaciona con mayor frecuencia con el código “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~” y “B2.2 Naturaleza jurídica contractual obligatoria {23-2}~”, en tanto que no se relaciona el código “B2.3 Transmisión de obligaciones {36-1}~” con los códigos “A1.2 Libertad {7-1}~”, “A1.3 Manifestación {5-3}~”, “C3.1 Formalidad escrita {5-1}~”, “C3.2 Exteriorización compromiso expreso {8-1}~”.

La co-ocurrencia del código “B2.3 Transmisión de obligaciones {36-1}~” “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~” representada con el número 14, indica que esos códigos se observaron 14 veces de manera conjunta en las citas emitidas por los entrevistados, siendo que se observó también que el código “B2.3 Transmisión de obligaciones {36-1}~” coincidió 9 veces con el código “B2.2 Naturaleza jurídica contractual obligatoria {23-2}~” en las citas de los sujetos de estudio. De esta representación, se puede señalar que los entrevistados tendieron a asociar con mayor frecuencia la transmisión de las obligaciones en la cláusula escalonada con el efecto jurídico que conlleva dicha cláusula.

En lo concerniente a la variable “Forma de la cláusula MED-ARB”, el código “C3.3 Lenguaje preciso {76-4}~” co-ocurre con los demás códigos como se observa a continuación:

Códigos	Co-ocurrencia Código C3.3 Lenguaje preciso
A1.1 Autonomía	1
A1.2 Libertad	0
A1.3 Manifestación	0
A1.4 Consentimiento	1
B2.1 Teoría contractualista	0
B2.2 Naturaleza jurídica contractual obligatoria	0
B2.3 Transmisión de obligaciones	4
C3.1 Formalidad escrita	0
C3.2 Exteriorización compromiso expreso	4
C3.4 Expresión de temporalidad	7
D4.1 Manifestación solución conflictos	0
D4.2 Objeto previsto en leyes	4
D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB	0

TABLA 1.13 Tabla de co-ocurrencia del código “C3.3 Lenguaje preciso {76-4}~”. Elaboración propia del investigador.

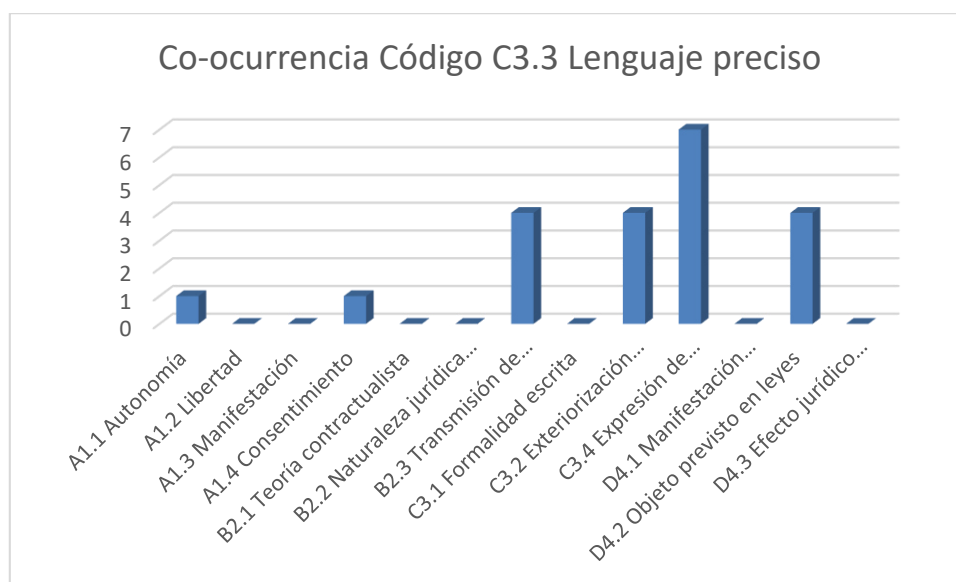


FIGURA 1.12 Concurrencia del código “C3.3 Lenguaje preciso {76-4}~”. Elaboración propia del investigador.

De la información contenida en la tabla 1.13 y en la figura 1.12 es posible observar que el código “C3.3 Lenguaje preciso {76-4}~” coincide con mayor frecuencia con el código “C3.4 Expresión de temporalidad {24-2}~” y, con una co-ocurrencia nula, se encuentran los códigos “A1.2 Libertad {7-1}~”, “A1.3 Manifestación {5-3}~” , “B2.1 Teoría contractualista {7-3}~” , “B2.2 Naturaleza jurídica contractual obligatoria {23-2}~”, “C3.1 Formalidad escrita {5-1}~”, “D4.1 Manifestación solución de conflictos {15-2}~” y “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~”.

En el análisis de co-ocurrencia de esta variable, se señaló anteriormente que el código “C3.3 Lenguaje preciso {76-4}~” fue el que tuvo mayor frecuencia en relación con las citas emitidas por los entrevistados y, el citado código, coincide 7 veces con el código “C3.4 Expresión de temporalidad {24-2}~” puesto que se asoció con mayor frecuencia los referidos códigos con las citas emitidas por los sujetos de estudio, quienes afirmaban una relación directa entre ambos códigos al encontrarse éstos en el aspecto de la redacción de la cláusula escalonada MED-ARB.

Respecto a la variable “Objeto de la cláusula MED-ARB”, el código “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~” coincide con los códigos restantes de la forma siguiente:

Códigos	Co-ocurrencia Código D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB
A1.1 Autonomía	3
A1.2 Libertad	2
A1.3 Manifestación	0
A1.4 Consentimiento	3
B2.1 Teoría contractualista	1
B2.2 Naturaleza jurídica contractual obligatoria	3
B2.3 Transmisión de obligaciones	14
C3.1 Formalidad escrita	0
C3.2 Exteriorización compromiso expreso	0
C3.3 Lenguaje preciso	0
C3.4 Expresión de temporalidad	1
D4.1 Manifestación solución conflictos	5
D4.2 Objeto previsto en leyes	5

TABLA 1.14 Tabla de concurrencia del código “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~”. Elaboración propia del investigador.

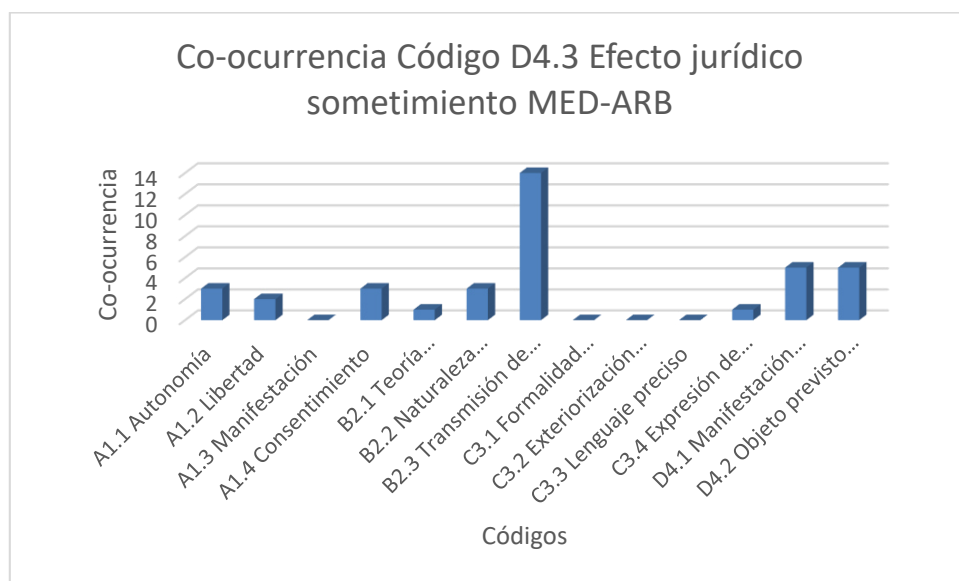


FIGURA 1.13 Co-ocurrencia del código “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~”. Elaboración propia del investigador.

La co-ocurrencia representada en la tabla 1.14 y la figura 1.13 se puede observar que el código “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~” se relaciona más frecuentemente con el código “B2.3 Transmisión de obligaciones {36-1}~”, en tanto que el referido “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~” no se relaciona de manera alguna con los códigos “A1.3 Manifestación {5-3}~”, “C3.1 Formalidad escrita {5-1}~”, “C3.2 Exteriorización compromiso expreso {8-1}~” y “C3.3 Lenguaje preciso {76-4}~”.

La relación de co-ocurrencia representada entre el código “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~” y el código “B2.3 Transmisión de obligaciones {36-1}~” se demuestra con las 14 veces que el investigador asoció conjuntamente éstos con las citas de las entrevistas semiestructuradas realizadas a los sujetos de estudio, lo cual indica que de las respuestas de los entrevistados se mostraba una relación entre la transmisión de las obligaciones entre partes contratantes de la cláusula escalonada con el efecto jurídico de someter disputas a un procedimiento escalonado MED-ARB.

Por otro lado, además de los resultados obtenidos, es loable mencionar que a partir de la aplicación de entrevistas semiestructuradas se hallaron factores no previstos en la investigación que constituyen elementos relevantes en la misma, por tanto, el investigador procedió a crear códigos nuevos que permitieran asociar las citas emitidas por los sujetos con una idea o concepto destacado. Dichos códigos se pueden observar en la siguiente figura que nos enuncia:

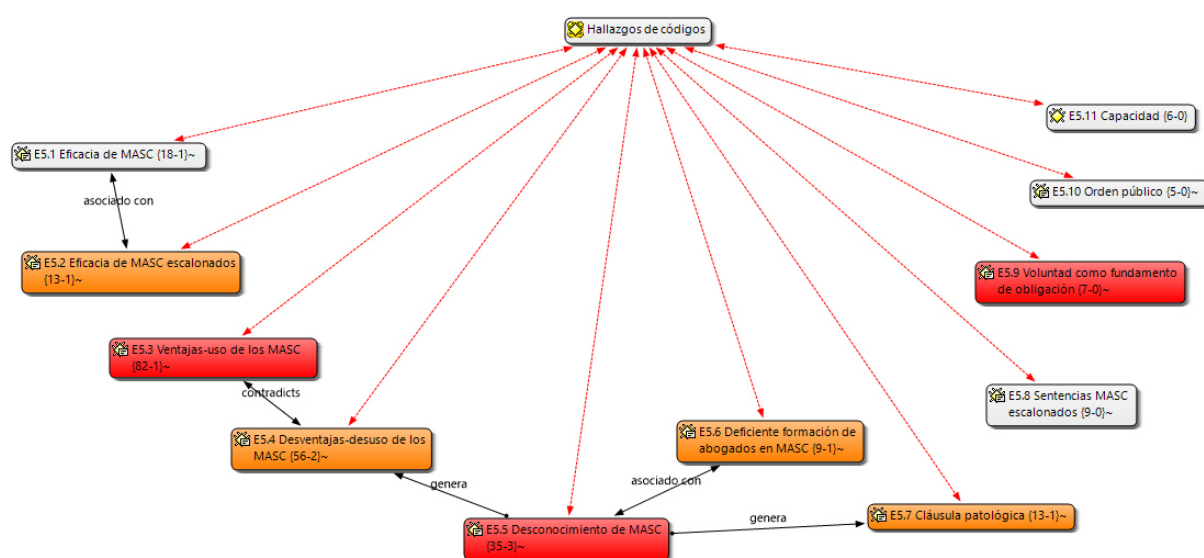


FIGURA 1.14 Códigos hallados en la aplicación y análisis de instrumentos cualitativos (entrevistas semiestructuradas). Elaboración propia del investigador.

Los códigos denominados como hallazgos se encuentran representados en la figura 1.14, la cual enumera los 11 códigos encontrados en el discurso de las 9 entrevistas semiestructuradas aplicadas a expertos en métodos alternos de solución de conflictos, dichos códigos son “E5.1 Eficacia de MASC {18-1}~”, “E5.2 Eficacia de MASC escalonados {13-1}~”, “E5.3 Ventajas-uso de los MASC {82-1}~”, “E5.4 Desventajas-desuso de los MASC {56-2}~”, “E5.5 Desconocimiento de MASC {35-3}~”, “E5.6 Deficiente formación de abogados en MASC {9-1}~”, “E5.7 Cláusula patológica {13-1}~”, “E5.8 Sentencias MASC escalonados {9-0}~”, “E5.9 Voluntad como fundamento de obligación {7-0}~”, “E5.10 Orden público {5-0}~”, “E5.11 Capacidad {6-0}~”. Es

necesario reiterar que cada código cuenta con dos números, el primero es el número de veces que se relacionó una cita de entrevista con dicho código y, el segundo, es el número de veces que se relaciona el código con otro código.

En el presente estudio se encontró que en los códigos hallados existen algunas relaciones entre sí, destacando que el código “E5.1 Eficacia de MASC {18-1}~” está asociado con el código “E5.2 Eficacia de MASC escalonados {13-1}~”, puesto que ambos hablan de la eficacia y efectividad que tienen los métodos alternos de solución de conflictos, sea de manera individual o escalonada; el código “E5.3 Ventajas-uso de los MASC {82-1}~” contradice al código “E5.4 Desventajas-desuso de los MASC {56-2}~”, en razón de que el primero habla sobre las ventajas que conlleva la aplicación e implementación de los métodos alternos, en tanto que el segundo habla sobre las desventajas y desuso de estos mecanismos, prevaleciendo más los aspectos positivos sobre los negativos; el código “E5.5 Desconocimiento de MASC {35-3}~” genera aspectos negativos del código “E5.4 Desventajas-desuso de los MASC {56-2}~” puesto que el desconocimiento de los principales actores de los métodos alternos escalonados conlleva a una creación de obstáculos y contratiempos al momento de ejecutar una cláusula mal prevista; el código “E5.5 Desconocimiento de MASC {35-3}~” está asociado con el código “E5.6 Deficiente formación de abogados en MASC {9-1}~” porque el desconocimiento general de los métodos alternos provoca una deficiente formación de profesionistas que los puedan aplicar y, a su vez, la deficiente formación de profesionistas y abogados en estos métodos provoca que haya un desconocimiento de los mismos; finalmente, el código “E5.5 Desconocimiento de MASC {35-3}~” genera el código “E5.7 Cláusula patológica {13-1}~”, en virtud de que el desconocimiento produce una defectuosa e incorrecta forma de redactar las cláusulas escalonadas, cláusulas defectuosas que se traducen en cláusulas patológicas.

En la siguiente tabla, y su respectiva figura, se muestra la cantidad de veces que las citas de las entrevistas realizadas se relacionaron con un código hallado:

Códigos	S1	S2	S3	S4	S5	S6	S7	S8	S9	TOTALES:
E5.1 Eficacia de MASC	1	5	2	1	2	1	3	1	2	18
E5.2 Eficacia de MASC escalonados	0	0	3	0	0	0	8	0	2	13
E5.3 Ventajas-uso de los MASC	7	21	9	8	10	8	5	9	5	82
E5.4 Desventajas-desuso de los MASC	7	10	5	7	3	4	8	10	2	56
E5.5 Desconocimiento de MASC	0	4	4	5	0	6	5	3	8	35
E5.6 Deficiente formación de abogados en MASC	0	0	5	3	1	0	0	0	0	9
E5.7 Cláusula patológica	1	1	1	1	3	1	2	1	2	13
E5.8 Sentencias MASC escalonados	5	1	1	0	0	0	2	0	0	9
E5.9 Voluntad como fundamento de obligación	0	0	0	0	2	0	1	2	2	7
E5.10 Orden público	0	1	3	0	0	0	1	0	0	5
E5.11 Capacidad	0	4	0	0	0	0	0	2	0	6
TOTALES:	21	47	33	25	21	20	35	28	23	253

TABLA 1.15 Frecuencia de citas relacionadas con códigos hallados en la aplicación y análisis de instrumentos cualitativos (entrevistas semiestructuradas). Elaboración propia del investigador.

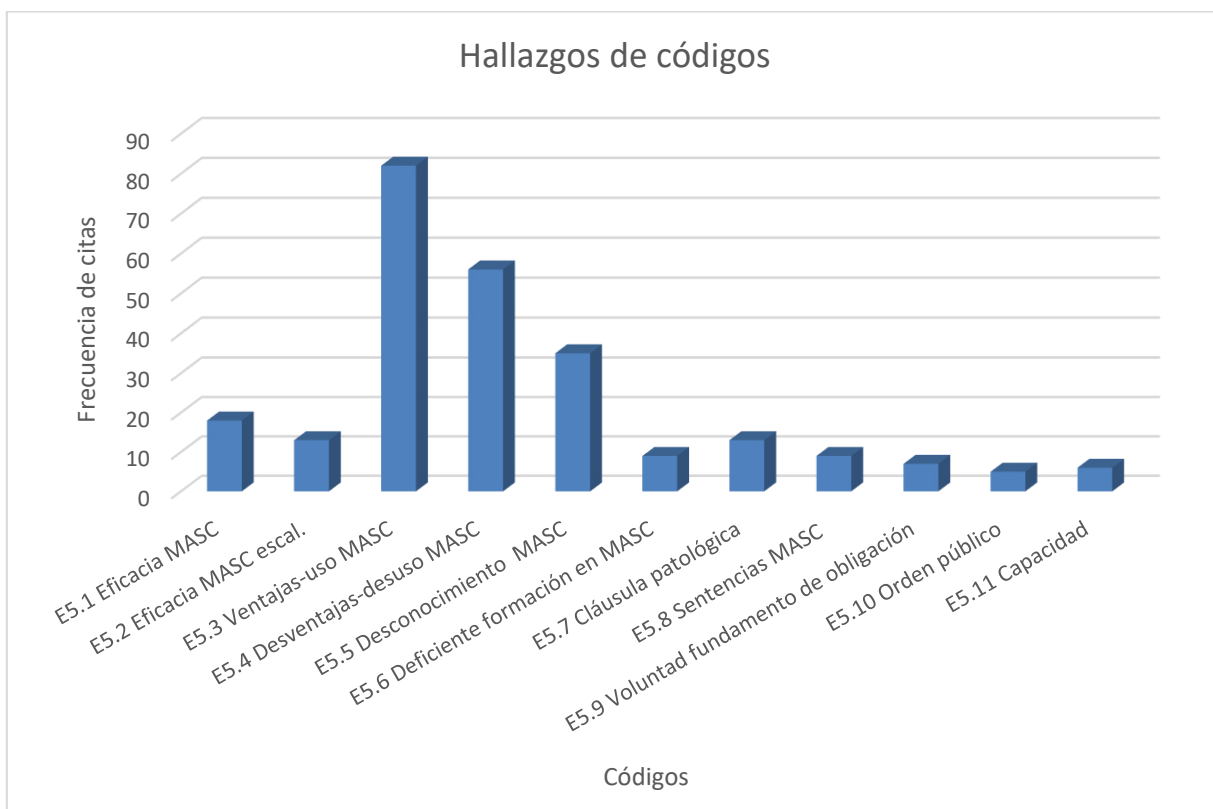


FIGURA 1.15 Frecuencia de citas relacionadas con códigos hallados en la aplicación y análisis de instrumentos cualitativos (entrevistas semiestructuradas). Elaboración propia del investigador.

De la observación que se puede hacer de la tabla 1.15 y la figura 1.15, se puede destacar la elaboración de 11 códigos nuevos denominados hallazgos, los cuales tienen el objeto de clasificar información que no estaba prevista en la elaboración de la entrevista semiestructurada, es decir, que la información adicional que los entrevistados dieron en sus respuestas se clasificó en códigos nuevos, mismos que van desde la perspectiva de los entrevistados del planteamiento del problema y su experiencia en métodos alternos de solución de conflictos, hasta las principales razones de la falta de implementación de MASC y conceptos teóricos relevantes con la práctica de los mismos.

En primera instancia, se puede señalar que existen códigos, “E5.1 Eficacia de MASC {18-1}~” y “E5.2 Eficacia de MASC escalonados {13-1}~”, para referir a la eficacia de los métodos, tanto

como mecanismos por sí solos como mecanismos escalonados, puesto que la eficacia de un método alternativo como la mediación o el arbitraje puede ser diferente a la eficacia de un método alternativo escalonado como mediación-arbitraje o MED-ARB, o inclusive pudiera tener la misma eficacia pero el sujeto de estudio pudiera tener una opinión diversa entre un mecanismo y un mecanismo escalonado. Así también, se decidió establecer un código particular para las ventajas y el uso de los métodos alternos de solución de conflictos denominado “E5.3 Ventajas-uso de los MASC {82-1}~”, el cual engloba todas las ventajas, beneficios y aspectos positivos de la implementación de los MASC, incluyendo el control que tienen las partes sobre el conflicto y sobre el MASC aplicado, y la aplicación de MASC en diversas materias. Sucedió lo mismo con las desventajas y desuso de los métodos alternos, dado que se consideró importante crear el código “E5.4 Desventajas-desuso de los MASC {56-2}~” para agrupar las referencias que hacían los sujetos de estudio respecto a los perjuicios y aspectos negativos de la implementación de MASC en la práctica y la aplicación inadecuada de dichos métodos.

En el caso de situaciones específicas del contexto de los métodos alternos de solución de conflictos y de conceptos teóricos, se crearon los códigos “E5.5 Desconocimiento de MASC {35-3}~”, “E5.6 Deficiente formación de abogados en MASC {9-1}~” y “E5.7 Cláusula patológica {13-1}~”, siendo que el primero de ellos trata el desconocimiento y la ignorancia de respecto a la implementación de MASC y la falta de aplicación de los mismos en la práctica; el segundo código refiere a la deficiente educación y formación de estudiantes de derecho y abogados en MASC; y el tercer código retoma el concepto de la cláusula patológica y deficiente de MASC, mismo que refiere a la falta, ausencia u omisión de elementos de la cláusula MASC, así como la inclusión de elementos o aspectos inexistentes en la cláusula.

El código “E5.8 Sentencias MASC escalonados {9-0}~” fue elaborado por las citas y referencias que habían los sujetos de estudio respecto a sentencias y laudos emitidos por jueces y árbitros respecto a la implementación y ejecución de las cláusulas escalonadas, en tanto que los códigos “E5.9 Voluntad como fundamento de obligación {7-0}~”, “E5.10 Orden público {5-0}~”

y “E5.11 Capacidad {6-0}~” fueron creados a partir de elementos del acto jurídicos que se hacen presentes en la práctica de la implementación de cláusulas MASC, siendo que los entrevistados encontraban y coincidían en la voluntad de las partes contratantes como fundamento de la obligatoriedad y del principio de pacta sunt servanda de la cláusula escalonada; que las partes involucradas en el conflicto y sus representantes tengan capacidad para contratar; y que respecto al orden público, prevalezca el derecho y el beneficio de la colectividad sobre el derecho de los particulares.

Ahora bien, con la tabla 1.15 y la figura 1.15 se puede observar que los códigos “E5.3 Ventajas- uso de los MASC {82-1}~”, “E5.4 Desventajas-desuso de los MASC {56-2}~” y “E5.5 Desconocimiento de MASC {35-3}~” son los códigos con más frecuencia de citas, en otras palabras, que de los hallazgos de códigos, los códigos referidos fueron los que tuvieron un mayor de número de citas relacionadas, obteniéndose que el código “E5.3 Ventajas-uso de los MASC {82-1}~” fue el más relacionados con citas que mencionaban temas como aspectos positivos y beneficios de la implementación de MASC para resolver conflictos, el control que las partes tenían sobre el procedimiento de gestión de conflicto, y las diversas materias en que los MASC son la mejor forma de solucionar una disputa para mantener la relación contractual a largo plazo.

Con lo anteriormente descrito, es importante observar, analizar y explicar los resultados obtenidos en la aplicación de las 9 entrevistas semiestructuradas para dar una aproximación de lo que expertos en materia de métodos alternos de solución de conflictos opinan respecto al tema de investigación, así como cuál es su perspectiva en cuanto a la aplicación de cláusulas escalonadas en contratos comerciales, como lo son los contratos del sector energético. Dicho análisis se realizará en el siguiente apartado a continuación.

9.10 Conclusión

De acuerdo con los resultados antes citados, a continuación se ahondará en los resultados obtenidos más relevantes y representativos a partir de la aplicación de 9 entrevistas semiestructuradas a expertos en métodos alternos de solución de conflictos, destacando los códigos que se relacionaron con mayor frecuencia a las citas emitidas en el discurso de los sujetos de investigación, la co-ocurrencia de los códigos más representados de cada variable y los hallazgos encontrados que fueron considerados para codificarse y clasificarse.

Como primera conclusión, es necesario señalar que de acuerdo con la “FIGURA 1.4 Relación de códigos utilizados en el análisis de instrumentos cualitativos (entrevistas semiestructuradas)”, el código central del que parte toda relación con los demás códigos es “A1.1 Autonomía {21-6}~”, puesto que dicho código es la causa principal por la cual se presentan o se suscitan los demás, es decir, el principio de autonomía de la voluntad de las partes es el fundamento de todo acto jurídico, especialmente de las cláusulas escalonadas MED-ARB. Se necesita que las partes contratantes sean autónomas y libres al contratar para producir un efecto jurídico, por tanto, una vez que acuerdan o pactan entre sí, se manifiestan todos los demás códigos como consecuencia de ello.

En el caso de la cláusula MED-ARB, cuando las partes pactan dicha cláusula de acuerdo al principio de autonomía de la voluntad, todos los demás códigos se presentan por consecuencia, es decir, que al pactar de manera autónoma, por consiguiente se presenta la libertad, manifestación y consentimiento de las partes; la teoría contractualista que reviste el acto jurídico, la naturaleza jurídica contractual obligatoria que implica éste y la transmisión de obligaciones entre partes de cumplir lo pactado; se presenta también la formalidad escrita donde debe constar la cláusula, la exteriorización del compromiso expreso, el lenguaje preciso y la expresión de temporalidad de lo acordado; así como la manifestación del objeto de solucionar conflictos, que dicho objeto esté previsto en las leyes y el efecto jurídico de sometimiento a un procedimiento escalonado, como el MED-ARB.

Como segunda conclusión se tiene que aún y a pesar de que el principio de autonomía de la voluntad, como el código “A1.1 Autonomía {21-6}~”, sea el principal factor del cual emanan los demás códigos, es relevante hacer mención y analizar la presencia significativa de los códigos más representados y su relación entre sí para poder concluir qué aspectos consideran fundamentales e imprescindibles los sujetos entrevistados, por tanto, mediante la “TABLA 1.10 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos a partir de variables de investigación” y la “FIGURA 1.5 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos a partir de variables de investigación” se presentó la frecuencia de las citas de entrevista relacionadas con los códigos creados por el investigador para encontrar y determinar qué códigos son más significativos en la experiencia y opinión de los entrevistados. Resulta necesario señalar que para efecto de claridad y precisión se optó por realizar una representación gráfica de los códigos correspondientes a cada variable, se parándolos en 4 grandes grupos dependiendo de la variable de investigación a la que corresponden, mismos que se detallarán como sigue.

De acuerdo con la tabla 1.10 y la figura 1.5 antes mencionadas, aunado a la representación más específica de la “FIGURA 1.6 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos para la variable “Voluntad de las partes””, se puede observar como el código “A1.1 Autonomía {21-6} es frecuente en la mayoría de los discursos de los sujetos de estudio, siendo por consecuencia el código con mayor frecuencia de la variable “Voluntad de las partes”, lo cual se puede asociar al hecho que es el código principal y fundamental del que emana el acto jurídico de la cláusula MED-ARB, por ser las propias partes quienes acuerdan someter sus disputas a un método escalonado de mediación-arbitraje. Dentro de las principales citas y argumentaciones que aducen los entrevistados se encuentra que el principio de autonomía de las partes permite el control del proceso de solución de conflictos, especialmente de la mediación, así como dicho principio es revestido de carácter “dispositivo”, por tanto, las partes son quienes eligen el procedimiento a someterse y, de dicha elección voluntaria emana la obligatoriedad o la naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB, en virtud de que las partes contratantes se comprometen a conducirse de una determinada forma y se comprometen a

abstraerse de otras conductas. En el caso de la cláusula MED-ARB, las partes se comprometen a realizar el procedimiento escalonado en los términos y condiciones estipulados, así como se comprometen a no acudir a juzgados y tribunales jurisdiccionales.

Una tercera conclusión es que de la variable “Naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB”, el código más representado en los discursos de los 9 sujetos de estudio es “B2.3 Transmisión de obligaciones {36-1}~”, cuya predominancia puede observarse en la “FIGURA 1.7 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos para la variable “Naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB””. El código B2.3 Transmisión de obligaciones es referido principalmente por los entrevistados al mencionar que existe una transmisión e intercambio de compromisos entre las partes al acordar una cláusula MED-ARB, en tanto que éstas deben cumplimentar lo acordado de manera voluntaria e ir al procedimiento de mediación-arbitraje, sin desentenderse de las obligaciones contraídas al momento de signar una cláusula de este tipo porque el no cumplirlas no haría más que entorpecer y bloquear el procedimiento de solución de conflictos. De acuerdo con los entrevistados, el mecanismo MED-ARB puede verse afectado si las partes no cumplen lo pactado y se saltan alguna fase o escalón para llegar al arbitraje en primera instancia, lo cual puede ser penalizado por un tribunal al exigir y obligar a las partes a cumplir el paso previo, como mediar, antes de acudir al arbitraje o inclusive dicha conducta puede llegar a anular el laudo afectando relaciones en contratos de larga duración o de tracto sucesivo, lo cual es perjudicial para los contratantes. Ahora bien, los entrevistados difieren en cuanto a la obligatoriedad de la cláusula MED-ARB, por una parte 7 sujetos coinciden en que por ser un acto dotado de autonomía de la voluntad, la cláusula MED-ARB es obligatoria puesto que siguiendo el principio *pacta sunt servanda*, los acuerdos se deben cumplir, además de que un contrato tiene el carácter de ley para las partes y debe ser cumplido. Por otro lado, un entrevistado aseveró que la cláusula MED-ARB no es obligatoria pues la mediación no tiene este carácter sino todo lo contrario, en tanto que otro entrevistado afirmó que la cláusula MED-ARB es “parcialmente obligatoria” puesto que en tanto que la mediación no es obligatoria sino voluntaria, el arbitraje sí lo es, por tanto la cláusula arbitral contenida en la cláusula MED-

ARB la convierte en una cláusula parcialmente obligatoria, la cual al final terminará siendo vinculante para las partes en razón de que el escalón arbitral es obligatorio para los contratantes.

Si bien es cierto de acuerdo a la doctrina y a la práctica que la mediación está provista por el principio de voluntariedad y, como refieren los sujetos “no es obligatoria”, también es cierto que el acto jurídico de comprometerse en una cláusula MED-ARB es un contrato con fuerza de ley para las partes y debe ser cumplido por las mismas, por consecuencia, no se puede hablar de una parcialidad en la obligación de las partes. Claro está que la transmisión de obligaciones entre contratantes es expresa y las obligaciones son de dar, hacer o no hacer, por tanto, no se puede aseverar la existencia de una obligación parcial en la cláusula escalonada sino que se habla de una obligación de hacer lo pactado, es decir, de recurrir a los métodos de mediación y, posteriormente, de arbitraje para resolver las disputas que se presenten en la relación contractual. Por “recurrir” a la mediación y al arbitraje se refiere a la obligación de las partes de cumplir con la condición suspensiva que se trata, como mencionó el sujeto 1, de acudir a la mediación como condición y paso previo para, en caso de no resolver la disputa, acudir al arbitraje en consecuencia, dichas condiciones suspensivas que se tratan suspenden “el perfeccionamiento del negocio jurídico, ya que supeditan la realización de éste a la llegada o no de un hecho” (Muñoz, 1973, pág. 62), sin embargo, el “recurrir” a mediación y arbitraje en este caso, no quiere decir que deba agotarse la totalidad del procedimiento de mediación para que no se suspenda el perfeccionamiento del procedimiento escalonado sino que deben comparecer las partes a la mediación a intentar resolver el conflicto de buena fe y, de no llegar a un acuerdo, referir la controversia a un arbitraje, donde el laudo obligatorio y vinculante dará fin al procedimiento. Como fue mencionado en capítulos anteriores, las partes no pueden ser obligadas a resolver un conflicto en la mediación, inclusive, hacerlo en contra de su voluntad puede perjudicar la voluntad de las mismas de solucionar sus diferencias terminando una relación contractual, se trata de una obligación de iniciar la mediación y, de no lograr acuerdos,

hacerlo constar por escrito para cumplir con la condición suspensiva y pasar al siguiente escalón arbitral.

Así también, los sujetos entrevistados mencionaron la importancia de la capacidad del Estado y las entidades administrativas de tener capacidad jurídica para contratar y obligarse, lo cual se considera primordial para poder transmitir obligaciones a partir de un acto jurídico, una persona, física o moral, no capacitada jurídicamente para negociar y obligarse puede hacer que el contrato o acto jurídico se vuelva nulo e imposible de cumplir física y jurídicamente. Es relevante también mencionar que el código “B2.3 Transmisión de obligaciones {36-1}~” es asociado con el código “C3.3 Lenguaje preciso {76-4}~” por el investigador puesto que el contenido de la obligación debe ser claro y entendible para que haya una correcta transmisión de obligaciones y ésta pueda ser cumplimentada por las partes de manera íntegra pues de lo contrario no habría certeza de lo pactado entre las partes contratantes.

La cuarta conclusión versa sobre la variable “Forma de la cláusula MED-ARB”, donde el código con más presencia en el discurso de los entrevistados fue el “C3.3 Lenguaje preciso {76-4}~”, mismo que puede demostrarse de la observación de la “FIGURA 1.8 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos para la variable “Forma de la cláusula MED-ARB””. El citado código es referenciado por los sujetos de estudio para indicar la importancia del lenguaje y la redacción de la cláusula escalonada para obtener un procedimiento alterno de solución de disputas eficaz y eficiente puesto que los posibles obstáculos que pueda tener un mecanismo escalonado se los atribuyen a la deficiente redacción de la cláusula escalonada, ya sea porque ésta no fue precisa y omitió establecer aspectos fundamentales del mecanismo, o porque fue demasiado específica y delimitó en exceso la designación del tercero neutral o la autoridad nominadora señalada no existe.

Ante la relevancia de la redacción y lenguaje de la cláusula escalonada, los sujetos de estudio coincidieron en que ésta debe ser clara, precisa y explícita para evitar que las partes interpreten de manera contraria sus disposiciones o que utilicen la ambigüedad para

obstaculizar la aplicación y ejecución de la cláusula, lo cual se traduce en demoras procesales y costos económicos para las partes en conflicto. En un sentido se contradicen los entrevistados al afirmar algunos que una cláusula escalonada breve, estricta y con los elementos indispensables es más recomendable cuando se conoce de antemano a los contratantes, la obligación y la relación contractual, en tanto que otros entrevistados opinan que una cláusula concisa, puntual y con mayor número de escalones es mejor en la práctica porque permite dar más posibilidades de resolver el conflicto en diversos procedimientos. Si bien los criterios y opiniones son contrapuestos, los entrevistados coinciden en una cuestión, la cual es que la precisión y expresión clara de la cláusula escalonada debe estar presente al redactarla para no permitir que sean las mismas partes quienes no permitan el desarrollo escalonado de la gestión del conflicto a través de interpretaciones y estrategias judiciales dilatorias del procedimiento previsto.

Entre las declaraciones de los sujetos entrevistados se hace especial mención a la recomendación de explicar en la cláusula el procedimiento de los métodos alternos a implementar, es decir, describir cómo se constituyen; qué etapas los conforman; cuál es la obligación a la que se someten las partes y en qué consiste dicha obligación; cuándo se entiende por cumplido y agotado cada uno de los escalones que conforman el procedimiento; cuándo inicia y termina cada una de las etapas; el tipo de conflictos en los que serán aplicables; quién será la autoridad nominadora y que ésta exista; a qué reglamento de métodos alternos, existente y vigente, se someterá el procedimiento; cuántos terceros neutrales dirimirán la disputa; quién designará a dichos terceros; el idioma y lugar del mecanismo escalonado; y la ley aplicable al procedimiento.

De lo anterior, es fundamental hacer distinción en el establecimiento claro y preciso de la obligación de las partes de someter sus controversias a un mecanismo escalonado, como lo es la cláusula MED-ARB, debido a que una descripción general y ambigua de someterse a un procedimiento escalonado puede determinar como optativa o imperativa la cláusula

escalonada e inclusive el propio lenguaje de la cláusula puede delimitar el carácter del acto jurídico que pactan los contratantes puesto que si las éstos establecen que “podrán”, en lugar de “deberán”, someter los conflictos a una mediación y a un arbitraje posterior, se habla de una opción de realizar o no una acción, una potestad de proceder de una manera cierta y determinada, sin embargo, no se trata de una obligación de hacer. En las cláusulas MED-ARB el lenguaje y la redacción componen un elemento fundamental y trascendental que influye en mayor medida que las naturalezas y principios de la mediación y el arbitraje puesto que la propia forma de la cláusula incide en el resultado, que es la materialización de un mecanismo mediación-arbitraje que se prevé para solucionar un conflicto.

En consecuencia, el exceso de creatividad en la redacción de la cláusula implica más riesgos de incurrir en contradicciones o ambigüedades y como solución se propone, como se vio en el capítulo 4, la implementación de cláusulas escalonadas modelo que ya están previstas por autoridades nominadoras y que su eficacia ha sido probada en cortes y tribunales arbitrales. Las cláusulas escalonadas modelo para someter conflictos a su procedimiento, se convierten en la respuesta a las desventajas de la cláusula patológica que puede ser tan específica que imposibilita la ejecución de la misma o ser tan ambigua que omite establecer lineamientos MASC y llegar a anular el laudo por incumplimiento de una condición suspensiva en la cláusula escalonada.

Como quinta conclusión, en la variable “Objeto de la cláusula MED-ARB”, el código con mayor representación es “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~”, el cual se puede dilucidar de la “FIGURA 1.9 Frecuencia de citas relacionadas con códigos obtenidos para la variable “Objeto de la cláusula MED-ARB””, la cual contiene los códigos de la variable “Objeto de la cláusula MED-ARB”. El referido código D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB fue empleado para clasificar los comentarios de los entrevistados que hacían referencia al sometimiento de las partes y de sus conflictos a un procedimiento escalonado, como lo es el caso del mecanismo MED-ARB. Entre el discurso y narrativa de los sujetos de estudio se

encontró e interpretó que el sometimiento de los conflictos a un procedimiento escalonado como MED-ARB prevé de seguridad jurídica a los particulares que consideran que la sola mediación no es suficiente para resolver conflictos, aunado a que se entiende que las partes que voluntariamente se someten a mediación quieren resolver su conflicto y suelen llegar a un acuerdo en dicha etapa, aún y conociendo que tienen la cobertura y certeza de la etapa de arbitraje en caso de que no se solucione la disputa en mediación.

Pero de la misma manera, existen partes contratantes que emplean este mecanismo escalonado no para solucionar sus conflictos sino para obstruir dichos procesos de solución y no activar las etapas subsecuentes saltándose la mediación o la conciliación antes de acudir al arbitraje, lo cual resulta una mala estrategia legal porque actualmente los tribunales ya están obligando a cumplir con las etapas previas de las cláusulas escalonadas, por tanto, al final tendrán que mediar, conciliar o “pretender” que lo hacen para liberar candado de arbitraje, es decir, para cumplimentar con la condición suspensiva que se encuentra en la cláusula escalonada. Se habla de “pretender” que cumplen lo pactado u ordenado porque, según los entrevistados, en algunas ocasiones las partes solamente tratan de cumplir procesos administrativos para ir a la etapa de arbitraje, que es un mecanismo más judicializado, para que los tribunales no las penalicen. De acuerdo con los sujetos de estudio, hasta el momento hay pocas sentencias respecto al incumplimiento de las partes de agotar etapas previas en cláusulas escalonadas, una de ellas es la que se mencionó en el capítulo 5 como “Caso 4A_628/2015” de la Primera Sala Civil del Tribunal Federal Suizo que resolvió admitiendo una apelación y anulando el laudo de jurisdicción emitido por el tribunal arbitral, así como también resolvió suspendiendo los procedimientos arbitrales entre las partes hasta que cumplimentaran el procedimiento de conciliación de conformidad con el reglamento de la autoridad nomiandora correspondiente.

Aunado a lo anterior, el incumplimiento de las etapas previas en las cláusulas escalonadas implica más tiempo y recursos de los previstos porque los tribunales ordenan retrotraer el

procedimiento, suspender el mecanismo que estaba desahogándose y perder tiempo agotando todas las etapas que las partes omitieron realizar puesto que existe un sometimiento a un compromiso entre partes, y existe también una obligación de hacer que, de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda*, debe realizarse. Sin embargo, aún y cuando existen criterios jurisdiccionales, cláusulas modelo y recomendaciones de someterse e implementar las cláusulas escalonadas, existe un desuso de las mismas por un evidente desconocimiento en la materia que genera desconfianza entre los contratantes y usuarios, tal es el ejemplo que dan los entrevistados al citar que en España y México como países cuya cultura y desconocimiento en el ámbito aleja a las partes contratantes de este tipo de herramientas alternas para gestionar y, en consecuencia, solucionar conflictos. Cabe destacar que las propias autoridades nominadoras prevén dichas cláusulas pero en la práctica no se implementan con frecuencia según el testimonio de los entrevistados, quienes no descartan que en un futuro de 8 a 10 años se utilicen de manera frecuente en diversos sectores como el de la construcción, propiedad industrial e intelectual, y energético por ser ámbitos en donde es constante la celebración de contratos de tracto sucesivo o larga duración, cuyas relaciones contractuales se busca que permanezca y se mantengan.

Así también, el discurso de los entrevistados incluyó recomendaciones respecto al sometimiento de disputas a cláusulas escalonadas, resaltando que los mecanismos MED-ARB, CON-ARB y NEG-ARB tienen mayor probabilidad de resolver los conflictos, siendo idóneos en relaciones contractuales entre particulares de larga duración. Sucede lo mismo con los particulares y el Estado, especialmente en el sector energético siempre y cuando el Estado tenga la capacidad de transigir expresamente establecida en las legislaciones puesto que de lo contrario, no estaría facultada para resolver conflictos a través de mecanismos alternos de este tipo sino solamente ante órganos jurisdiccionales, lo cual entorpecería la gestión de conflictos si las partes establecen una cláusula escalonada pero al momento de la ejecución de la misma, ésta no pueda materializarse. Sin embargo, existen diversas ventajas de prever un mecanismo escalonado de estas características como lo es que el procedimiento previo, sea

mediación o conciliación, tiene características benéficas que se convierten en las principales razones por las cuales los particulares eligen este procedimiento. Entre esas características y aspectos se encuentra la confidencialidad, flexibilidad, rapidez, y menor costo que permiten que las partes controlen el proceso y no sean obligadas a que se llegue a una solución con la cual no estén de acuerdo las partes, además de la voluntariedad del mecanismo puesto que dicho elemento dispositivo se vuelve la principal atracción de los contratantes, al poder elegir someterse a mecanismos escalonados adaptables a su voluntad.

Por último, resulta necesario reiterar, como se mencionó anteriormente, que de la aplicación de entrevistas semiestructuradas se encontraron factores y elementos no previstos además de las variables y códigos previamente establecidos mismos que se codificaron para poder asociar citas emitidas con ideas y conceptos que puedan ser cuantificables y representados. Por consiguiente, en la “FIGURA 1.14 Códigos hallados en la aplicación y análisis de instrumentos cualitativos (entrevistas semiestructuradas)” se representaron gráficamente los códigos encontrados y clasificados, mismos que consisten en “E5.1 Eficacia de MASC {18-1}~”, “E5.2 Eficacia de MASC escalonados {13-1}~”, “E5.3 Ventajas-uso de los MASC {82-1}~”, “E5.4 Desventajas-desuso de los MASC {56-2}~”, “E5.5 Desconocimiento de MASC {35-3}~”, “E5.6 Deficiente formación de abogados en MASC {9-1}~”, “E5.7 Cláusula patológica {13-1}~”, “E5.8 Sentencias MASC escalonados {9-0}~”, “E5.9 Voluntad como fundamento de obligación {7-0}~”, “E5.10 Orden público {5-0}~”, y “E5.11 Capacidad {6-0}~”.

El código “E5.1 Eficacia de MASC {18-1}~” fue elaborado para representar la efectividad y utilidad de los MASC en la práctica, en donde convergen opiniones de expertos entrevistados argumentando que la eficacia de los MASC es mejor en ciertos países que en otros, que dicha eficacia se observa más en el ámbito internacional que en el nacional o doméstico, que la comodidad de las partes con los procesos MASC determinan la eficacia misma del mecanismo y que el desconocimiento afecta directamente a la eficacia de los métodos alternos. Respecto a “E5.2 Eficacia de MASC escalonados {13-1}~”, los entrevistados mencionaron que existe un

crecimiento exponencial de los MASC escalonados en los últimos años y que dentro de 10 años será aún mayor su implementación en la práctica, destacando que hay mayor eficacia de los métodos escalonados en determinados sectores, como lo son el de la construcción, de la propiedad intelectual o el sector energético. Se resaltó también en el discurso de los sujetos de estudio que la eficacia de los MASC escalonados depende de la estructuración y determinación del procedimiento puesto que el mal diseño del escalonamiento y, por consecuencia, su incumplimiento como lo es el saltar etapas, le resta eficacia y la mayor seguridad jurídica que proveen dos mecanismos sobre uno solo.

Con mayor representación se encuentra el código “E5.3 Ventajas-uso de los MASC {82-1}~”, el cual engloba todas las citas sobre beneficios, aspectos positivos y utilización de los MASC en la práctica, siendo éstos la referida mayor seguridad jurídica que otorga un procedimiento escalonado, el mayor control de las partes sobre el mecanismo, la oferta y preferencia de un mejor mecanismo previo que sea más barato, más flexible y con menos costes económicos, temporales y emocionales. Aunado a lo anterior, entre las ventajas se encuentra que esta alternativa al sistema judicial tradicional permite a las partes ver sus conflictos desde otra perspectiva, además de ser MASC altamente recomendados entre particulares, especialmente en sectores ya mencionados donde se requiere de relaciones contractuales de larga duración, entre ellas el sector energético, incluyendo la relación entre el Estado y particulares si ambas partes tienen la capacidad de transigir y obligarse. Por el contrario, el código “E5.4 Desventajas-desuso de los MASC {56-2}~” representa los perjuicios y aspectos negativos de la implementación de los MASC, entre los que se mencionaron la falta de utilización de métodos escalonados en la práctica, como lo es el caso de España y México, en tanto que en Alemania sí se implementa con mayor frecuencia de acuerdo a los entrevistados. De acuerdo con las respuestas emitidas, dicha falta de implementación se atribuye a la poca promoción de los MASC, los cuales si no se conocen ni se saben llevar a la práctica conllevan a una pérdida de tiempo y dinero para las partes contratantes, empresas y abogados, en virtud de que el

incumplimiento de los escalones genera dilatación en el procedimiento e incluso el bloqueo de la secuela del mismo.

Relacionado con el código anterior se encuentran los códigos “E5.5 Desconocimiento de MASC {35-3}~” y “E5.6 Deficiente formación de abogados en MASC {9-1}~” puesto que el desconocimiento de las cláusulas y de los MASC conlleva a su inaplicación en la práctica, en tanto que si las partes no están convencidas de su eficacia ni saben cómo esos sistemas las van a beneficiar, no las implementarán, y dicho desconocimiento se debe a la falta de formación de abogados, en razón que en las escuelas y universidades no enseñan MASC sino solamente el sistema judicial, por tanto, la ausencia de formación y desconocimiento conducen a que la población solamente aplique lo que conoce, que son métodos tradicionalistas de impartición de justicia sin buscar la aplicación de alternativas que se adapten a la voluntad de las partes contratantes puesto que no saben de su existencia.

Ahora bien, un elemento fundamental que se encontró como hallazgo de la codificación preestablecida por el investigador es el código “E5.7 Cláusula patológica {13-1}~”, el cual aunque fue mencionado y descrito en el capítulo 4, sin embargo, no había sido considerado como un código a relacionar con los discursos de los entrevistados. El citado código abarca toda expresión de los expertos que se encuentra relacionada con la formación de una cláusula deficiente o “enferma” de MASC, de ahí su denominación, puesto que carece de elementos, es errónea en su descripción, incluye elementos inexistentes o simplemente es demasiado ambigua o estricta. De acuerdo con los expertos, esta patología de las cláusulas es el resultado de aplicación de la forma en la redacción del mismo puesto que el mal manejo de lenguaje preciso, la carencia de forma y la falta de exteriorización del compromiso conllevan a la obtención de una cláusula patológica e inútil puesto que omitir simplemente el establecimiento del tiempo en ésta afecta la eficacia del mecanismo, escalonado o no, y dicha formulación genera demoras en los procesos. Ante este concepto y figura encontrada en la práctica, los sujetos de investigación propusieron en sus respuestas definir y determinar el

proceso, los alcances, la obligación, los tiempos, cuánto dura y cuándo se tiene por cumplimentada cada etapa, la regulación que se aplicará al mecanismo, incluyendo los aspectos del procedimiento como elementos en la cláusula escalonada.

Se mencionaron también de manera extraordinaria, los criterios de órganos jurisdiccionales respecto a casos aplicados de aplicación y ejecución de cláusulas escalonadas en la práctica, mismos que se clasificaron en el código “E5.8 Sentencias MASC escalonados {9-0}~”, tal fue el caso de Perú, donde el tribunal constitucional anuló el laudo emitido en arbitraje y estableció que si no se agota el paso previo, es una violación al debido proceso de las partes; el caso de Costa Rica, donde el tribunal constitucional estableció que no es necesario llevar a cabo la mediación si previamente no se cumplió con dicha etapa, siendo que no hay un efecto útil de regresar a las partes a dicha etapa puesto que se perdería tiempo; el caso de España, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid emitió sentencia en junio de 2014, en donde señaló que la cláusula de mediación es obligatoria de acuerdo con las leyes españolas, por tanto las partes tienen la obligación de cumplirla, sin embargo, como se trataba de una mediación previa al arbitraje y no una mediación previa a la jurisdicción, no se emite resolución determinando si la cláusula de mediación-arbitraje es válida; en México, el caso COMISA vs. PEMEX se distingue por la rescisión administrativa suscitada, en donde acuden a arbitraje mientras una de las partes alegaba que el conflicto debía ser resuelto por los tribunales del Estado, actualmente se encontraban tratando de ejecutar el laudo dictado; por último, en Suiza, la Primera Sala Civil del Tribunal Federal Suizo en la resolución de 16 de marzo del año 2016 del Caso 4A_ 628/2015 resolvió suspendiendo los procedimientos arbitrales hasta que completaran el procedimiento de conciliación de conformidad con el Reglamento ADR de la autoridad nominadora. Estos casos referidos por los entrevistados complementan la teoría de las variables puesto que viene a sustentar lo resuelto en la práctica para demostrar la diferencia de criterios respecto a la ejecución de mecanismos escalonados, razón por la cual se consideró indispensable incluir dichas resoluciones en la codificación.

Reforzando la variable voluntad de las partes y su codificación, se encuentra diverso código “E5.9 Voluntad como fundamento de obligación {7-0}~”, el cual básicamente sintetiza el criterio general de los expertos que refieren que la obligación contractual de cumplir con las cláusulas escalonadas nace del principio de autonomía de la voluntad de las partes, obligación contractual representada por diverso principio de pacta sunt servanda. Es relevante destacar que los entrevistados afirman que el escalonamiento de la cláusula MED-ARB no resta carácter contractual obligatorio, por tanto se debe de agotar la mediación previa al arbitraje. Como últimos códigos se encuentran “E5.10 Orden público {5-0}~” y “E5.11 Capacidad {6-0}~”, los cuales se incluyeron dentro del apartado de hallazgos puesto que se mencionaron, en menor medida, por los entrevistados como aspectos importantes en la contratación y cláusulas MASC escalonadas del sector energético. Respecto al orden público, los sujetos indicaron que este factor incide en la materialización de la cláusula dado que si el orden público de un Estado prohíbe que los temas de determinado sector sean resueltos a través de MASC, no se podrá recurrir a ellos, así como también se encontraron opiniones contrapuestas respecto a la aplicación de mecanismos MED-ARB en sector energético con el Estado puesto que, por un lado, es posible si se prevé y permite por la ley y el orden público y, por otro lado, puede ser complicado por tratarse de temas de transparencia y capacidad del Estado para negociar y transigir. Dicha capacidad del Estado incluye el elemento de validez de la cláusula donde las partes contratantes deben tener facultad de obligarse e inclusive el tercero neutral debe contar con una especialización en la materia para ser capaz de resolver las disputas que se le presenten.

CAPÍTULO 10: COMPROBACIÓN CUALITATIVA DE ANÁLISIS DE DOCUMENTOS BASADOS EN ARCHIVOS PÚBLICOS (LAUDOS QUE RESUELVEN SOBRE APLICACIÓN DE CLÁUSULAS ESCALONADAS)

Para la aplicación del instrumento cualitativo de investigación se implementará, como método e instrumento de medición, la técnica de análisis de contenido descrito por Cea D'Ancona (2001), análisis que versará sobre laudos arbitrales, puesto que se busca conocer los criterios y opiniones de árbitros, como último tercero neutral que decide la controversia, respecto a la implementación y reconocimiento de las cláusulas híbridas o escalonadas como la cláusula MED-ARB.

10.1 Definición del instrumento

Para el análisis cualitativo de la eficacia de la cláusula escalonada se optó por el análisis de documentos basados en archivos públicos puesto que los documentos, materiales y artefactos también pueden coadyuvar al entendimiento de la implementación de la cláusula MED-ARB, basta tan solo con mencionar que los laudos y sentencias concentran información y criterios de un tercero neutral, como lo es el árbitro, o incluso de jueces y magistrados cuando se trata de sentencias judiciales. De acuerdo con Hernández Sampieri, Fernández-Collado & Baptista Lucio (2006) los documentos nos ayudan a conocer y entender fenómenos sociales puesto que la mayoría de los grupos, comunidades o sociedades narran su historia y estado actual, para dichos autores los documentos permiten al investigador “conocer los antecedentes de un ambiente, las experiencias, vivencias o situaciones y su funcionamiento cotidiano” (Hernández Sampieri, Fernández-Collado, & Baptista Lucio, 2006, pág. 614). En el caso del ámbito jurisdiccional, existe gran variedad de documentación susceptible de análisis como lo son las sentencias judiciales, las actas de juicios, entre otros documentos según Corbetta (2007), mismas que pueden facilitar el estudio de fenómenos sociales según el autor. En la presente

investigación, en lugar de estudiar sentencias judiciales, se analizarán los laudos arbitrales puesto que son resoluciones determinantes y vinculantes que reproducen conflictos de la realidad, además de que expresan los criterios de árbitros y la fundamentación y motivación con la que sustentan sus laudos, lo anterior en razón de que los árbitros son quienes finalizan o deben terminar con los procedimientos escalonados a investigar en el presente trabajo.

Cabe destacar que dentro de los documentos grupales o sociales se tiene la clasificación de los registros en archivos públicos, donde se encuentran documentos generados para el conocimiento público y documentos privados según mencionan Hernández Sampieri, Fernández-Collado & Baptista Lucio (2006), de lo cual se puede especificar que los laudos a analizar son de carácter privado pero se clasifican como públicos por ser publicados mediante compilaciones, libros y compendios o anuarios de las autoridades nominadoras o instituciones administradoras de métodos alternos de solución de conflictos.

10.2 Elección de instrumento cualitativo para la investigación

Como ya se mencionó con antelación, se estudiarán los laudos emitidos por árbitros o tribunales arbitrales que resuelvan sobre la aplicación, implementación y ejecución de cláusulas escalonadas, sin embargo, es importante mencionar la dificultad y los obstáculos que se presentan al momento de localizar información relacionada con métodos alternos de solución de conflictos, como el arbitraje, puesto que este mecanismo es privado y, por consecuencia, gran parte de la información relacionada no se publica.

Los datos e información de arbitrajes, así como de los contratos que establecen cláusulas escalonadas, se clasifican como información confidencial donde las partes contratantes y sus abogados son los únicos individuos con acceso directo, por tanto, resulta imprescindible mencionar que la información de laudos arbitrales se encuentra segmentada y controlada por las asociaciones e instituciones que fungen como autoridades nominadoras que regulan y

administran los arbitrajes, limitando el acceso del público en general a resoluciones arbitrales por respeto a la privacidad del principio de confidencialidad que rige al arbitraje.

El referido principio de confidencialidad es esencial e innato de la naturaleza de las instituciones arbitrales según menciona Gonzalo Quiroga & Barriga Villavicencio (2016), confidencialidad que se encuentra configurada como una prohibición a la divulgación de información o una preservación de la privacidad que respeta el deseo de las partes de no hacer públicos sus conflictos según las citadas autoras. Así como la citada confidencialidad reside en el arbitraje, también reside en la mediación pues el principio de confidencialidad de este mecanismo es “un aliciente para lograr la buena disposición de las partes en su participación en el proceso de mediación” (Sánchez García, 2015, pág. 52), por consecuencia, sucede lo mismo en los procedimientos escalonados dado que este tipo de mecanismos por etapas se conforma tanto por mediación como por arbitraje y en virtud de que ambos métodos alternos cuentan con un principio de confidencialidad, sus procedimientos son totalmente privados. Sin embargo, a pesar de que la mediación y el arbitraje sean privados, algunas autoridades nominadoras se permiten hacer compilaciones de los laudos emitidos en su institución, corte o centro bajo su administración con la debida supresión de datos personales que se haya acordado entre las partes del arbitraje en cuestión. Bajo esta premisa, se hará uso de dicho acceso a la información de laudos emitidos por diversas autoridades nominadoras internacionales, laudos que constituirán la población de la presente investigación.

10.3 Población y muestra

El concepto de población consiste en el “conjunto de unidades, para la que se desea obtener cierta información (Sánchez Crespo, 1971: 11)” (Cea D'Ancona, 2001, pág. 159), por tanto, la población a estudiar serán los laudos emitidos por autoridades nominadoras (específicamente la ICC) puesto que en el mecanismo escalonado conocido como MED-ARB termina con el arbitraje como última etapa procedimental y se ubicará en el periodo de los últimas décadas hasta la actualidad. En el caso del muestreo, que consiste en la elección de un reducido número

de unidades, conocido como muestra, del conjunto de unidades que conforman la población a estudiar según Corbetta (2007), se utilizará un muestreo no probabilístico, en su modalidad de muestreo estratégico. Se determinó la utilización de muestreo no probabilístico en virtud de que éste se realiza siguiendo criterios subjetivos o de conveniencia, permitiendo la discreción del investigador al elegir la muestra según menciona Cea D'Ancona (2001), además de ser un muestreo apropiado para los estudios cualitativos que profundizan en la información brindada por el objeto de estudio, tal y como lo menciona la autora. Se eligió la modalidad de muestreo estratégico puesto que “la selección de unidades muestrales responde a criterios subjetivos, acordes con los objetivos de la investigación” (Cea D'Ancona, 2001, pág. 200), por consiguiente, esta modalidad de muestreo permite la selección de objetos que tengan las mismas características de la muestra diseñada por el investigador, como lo son los laudos a analizar, mismos que deberán contar con características específicas relacionadas con el tema de investigación, es decir, deberán de contar con la implementación de una cláusula escalonada, haberse resuelto en determinado periodo de tiempo, en determinados tribunales y cortes, por mencionar algunos requisitos. De la misma manera, la muestra utilizada para el análisis de documentos basados en archivos públicos (laudos) consiste en lo que según Miles y Huberman (1994) y Creswell (1998 y 2005) se denomina como muestras por conveniencia, lo cual quiere decir que son “simplemente los casos disponibles a los cuales tenemos acceso” (Hernández Sampieri, Fernández-Collado, & Baptista Lucio, 2006, pág. 571). En la presente investigación se utilizó una muestra por conveniencia para el análisis de laudos puesto que existe la dificultad de acceder a sentencias arbitrales puesto que dicho MASC es confidencial, como ya se mencionó, por tanto, el instrumento se aplicará a los laudos arbitrales que cumplan con las características de estudio a los que tenga acceso el investigador, desde compendios de laudos hasta casos mencionados en artículos y cuyo contenido es publicado en internet.

10.4 Tamaño de muestra para la investigación

El universo de estudio son las resoluciones de centros o instituciones que administren arbitrajes, sean *ad-hoc* o institucionales; la población son las resoluciones de las citadas autoridades que resuelven controversias derivadas de cláusulas compromisorias híbridas o escalonadas; la muestra consistirá de 15 resoluciones o laudos arbitrales, en consideración de la complejidad de obtener dichas resoluciones por la privacidad y confidencialidad de las mismas; y la unidad de análisis es cada laudo dictado por árbitro o tribunal arbitral de la International Chamber of Commerce (ICC) que resuelve controversias surgidas de la implementación y reconocimiento de cláusulas compromisorias híbridas o escalonadas, específicamente cláusulas MED-ARB o, en su defecto, cláusulas CON-ARB, ARB-MED, o cualquier procedimiento híbrido o escalonado de métodos alternos de solución de conflictos que involucre el escalonamiento de 2 o más MASC para la solución de controversias, en el periodo de tiempo del año 1985 a la actualidad.

10.5 Aproximación a objetos de estudio

En lo que concierne a la obtención de casos de laudos arbitrales, se procedió en primera instancia a establecer y delimitar los aspectos que deben contener los laudos, entre ellos el que consistan en laudos que resuelvan en parte o en su totalidad controversias relativas a la aplicación, implementación, ejecución o incumplimiento de cláusulas escalonadas. Dicho filtro se estableció de manera general debido a escasez de casos arbitrales en el tema, aunado a que si solamente se buscaran casos de MED-ARB, el tamaño de la muestra hubiera sido mínimo o nulo. Cabe reiterar, como ya se ha mencionado en varias ocasiones, que los MASC, especialmente los arbitrajes, son privados y confidenciales, por tanto, resulta complicado obtener un número amplio de casos en el tema puesto que los mismos no son de acceso público. Sin embargo, el instrumento se denominó “análisis de documentos basados en archivos públicos” en razón de que los laudos que se revisaron y analizaron fueron publicados en compendios de autoridades nominadoras y publicaciones periódicas de dichas autoridades,

lo cual le otorga a los laudos estudiados un carácter público al ser de acceso libre a audiencias en general por medio de las citadas publicaciones. Es así como se obtuvo acceso a los laudos arbitrales considerados en el presente trabajo de investigación, por medio de publicaciones, tanto en libros como revistas, de autoridades nominadoras, en este caso de la *International Chamber of Commerce ICC*.

10.6 Delimitación del instrumento

Se utilizaron y analizaron 15 extractos de laudos, 7 de ellos obtenidos de la publicación con nombre “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration” de Jiménez Figueres (2003), y 8 laudos se extrajeron de los compendios “Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990” de Jarvin, Derains & Arnaldez (1994), “Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995” Arnaldez, Derains & Hascher (1997), y “Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000” y Arnaldez, Derains & Hascher (2003), mismos que contaban con las características específicas de resolver controversias en cuanto a la aplicación, implementación y ejecución de cláusulas escalonadas en la solución de conflictos.

Durante el periodo de tiempo de octubre a diciembre de 2017 se analizaron y se aplicaron cuestionarios a los laudos seleccionados por muestreo no probabilístico, en su modalidad de muestreo estratégico, para comprobar los criterios de árbitros y tribunales arbitrales respecto a la implementación de cláusulas escalonadas.

Cada cuestionario se aplicó a cada uno de los 15 casos arbitrales analizados por el investigador, en el cual se asentaba si el laudo arbitral establecía un criterio u opinión respecto a cada uno de los elementos de las variables de investigación, respondiendo a cada ítem preestablecido por el investigador.

10.7 Diseño del instrumento

Para poder validar tanto la hipótesis como las variables establecidas por el investigador, se elaboró un cuestionario para el análisis de documentos basados en archivos públicos (laudos), mismo que consistió en dos pilotajes o *pretest* que posteriormente, y una vez perfeccionado, conformó el instrumento cualitativo de análisis de documentos basados en archivos públicos de la presente investigación. Para la realización del citado cuestionario, con el que se analizará el contenido de laudos arbitrales, se consultaron estudios de análisis de contenido y trabajos de investigación cuyo instrumento de medición consistió en la elaboración de un cuestionario mixto, mismos que no versan con exactitud respecto al mismo estudio o materia que el presente trabajo, razón por la cual solamente se tomaron en consideración por el investigador, siendo considerado el estudio de Novo, Quintero y Vázquez (2013) por su análisis de sentencias judiciales en materia de derecho familiar, así como el estudio de Olvera Gudiño, Doncel de la Colina y Muñiz Muriel (2014) por la elaboración de un cuestionario con diversidad de preguntas, además de la metodología empleada para su análisis.

De la misma manera es relevante mencionar que al no tener conocimiento hasta el momento de un estudio similar al que se intenta formular por el investigador, se optó por realizar un análisis del contenido de laudos arbitrales para extraer los cuestionamientos que se harán a los demás casos futuros, es decir, que se partió del instrumento de análisis y de las variables establecidas por el investigador para formular las preguntas del cuestionario. Para el referido procedimiento se comenzó con revisión de literatura y doctrina relacionada al tema de estudio, la lectura y desglose de los casos a analizar para realizar una asociación de palabras de cada variable, una categorización posterior para de ahí formular los ítems a estudiar de cada laudo. En lo que respecta al tipo de respuesta de las preguntas, las mismas no pueden ser abiertas puesto que se analiza un documento, así como tampoco pueden formularse preguntas de respuesta cerrada con opción múltiple puesto que la información obtenida es indirecta, por tanto, la interpretación y respuesta proviene del investigador quien desconoce la intención,

pensamiento y criterio subjetivo del árbitro, por consiguiente, se consideró adecuado el formular preguntas dicotómicas, en donde se pueda observar y registrar de manera objetiva los puntos o aspectos relevantes del estudio de las cláusulas escalonadas realizado por árbitros y tribunales arbitrales.

Una vez determinado el tipo de preguntas y sus respuestas, se consideró también incluir preguntas de identificación, puesto que así como en las encuestas se identifica a cada objeto (laudo arbitral) estudiado, en el análisis de documentos es preciso identificar el archivo o documento para posteriormente poder clasificarlo y compararlo acorde a su procedencia, por tanto, se incluyeron preguntas de identificación tomando como ejemplo el cuestionario de Olvera Gudiño, Doncel de la Colina y Muñiz Muriel (2014), y aplicándolo a la presente investigación. Una vez que se obtuvo el listado de preguntas, se procedió a aplicar el cuestionario a cada laudo, en el cual se identificaba y resaltaba con un color diferente cada una de las variables encontradas, señalando la presencia del ítem en el caso en particular.

Para la etapa de interpretación de los resultados, se realizó una compilación, comparación y contrastación de cada uno de los resultados obtenidos por cada variable, mismos que fueron analizados e interpretados por el propio investigador.

10.8 Prueba piloto 1

Es necesario mencionar que la aplicación del instrumento de el análisis de documentos basados en archivos públicos se caracterizó porque cada uno de los cuestionarios aplicados fue resuelto en un tiempo promedio de 30 a 45 minutos por el estudio, entendimiento e interpretación que se debe realizar de cada caso, mismos que al diferir en el idioma en que se publicaron, influyen en el tiempo de análisis y respuesta de las preguntas por parte del investigador.

El cuestionario constó primeramente de 41 reactivos, de los cuales se incluyeron preguntas de identificación del laudo a estudiar, preguntas de hecho pues versan sobre la naturaleza de su

contenido, preguntas de consistencia y de filtro al especificar la función que tiene la cláusula escalonada, aunado a que las preguntas hechas al documento son dicotómicas cuyas respuestas solamente pueden ser “SI” o “NO”. El investigador optó por este tipo de preguntas para facilitar el registro de la presencia de los ítems de cada variable y proceder posteriormente al análisis e interpretación del criterio de árbitros y tribunales arbitrales.

Es necesario aclarar que como el instrumento cualitativo aplicado no se realiza con personas sino con documentos de carácter jurídico, es decir, con objetos y no con sujetos de estudio, por lo cual, se determinó eliminar preguntas de entrada, sencillas y motivadoras, y solamente hacer preguntas objetivas y de fondo desde el principio para optimizar el tiempo. Dichas preguntas tienen un orden por variable de estudio, la cual se subdivide en tres subtemas por variable, subtemas que se encuentran enunciados en la columna lateral izquierda y que se observan en el apartado de Anexos, no se consideró ordenarlas de general a específico puesto que podría ser confuso para el investigador a la hora de encontrar los criterios de las autoridades, por lo que puede sugerirse reorganizar las preguntas para agilizar la contestación de las mismas.

A partir de la aplicación del primer pilotaje de análisis de contenido de laudos publicados por la ICC al caso 4229 de la publicación de Jiménez Figueres (2003), se puede resumir que el instrumento cualitativo debe ser perfeccionado por el investigador en algunos aspectos que se mencionarán a continuación.

Primeramente es loable mencionar que las preguntas de identificación se quedan de la misma manera puesto que son datos, que como su nombre lo indica, para identificar cada caso. Respecto al apartado de la variable voluntad de las partes, en la pregunta 8 se hizo la modificación en la redacción para sustituir la palabra “contrato” por “cláusula” puesto que se habla de una cláusula escalonada. Se modificó también la redacción de los ítems 9, 10 y 11 suprimiendo palabras para dejar en claro el concepto de “autonomía de la voluntad de las partes”. El ítem 11 se eliminó puesto que es evidente que el principio de autonomía de la

voluntad de las partes está limitado por el orden público, dado que cada legislación, código o reglamento lo señala, es un aspecto implícito en el derecho, con lo cual se recorre la numeración de ítems. El ítem 12 también se consideró eliminarla, sin embargo, aunque parezca obvia, sustenta el principio de *pacta sunt servanda* y el principio de autonomía de la voluntad de las partes, por lo cual se decidió dejarla como ítem. Por último, en el ítem 14 se sustituyó la expresión “en el caso de...” por “salvo” para simplificar el entendimiento de la oración.

Ahora bien, en el apartado de la variable de naturaleza obligatoria, se reformularon los ítems 15, 16 y 17 porque el sentido de la oración no refleja el concepto que se quiere expresar, siendo que el carácter de condición suspensiva, presupuesto procesal y carga procesal se le atribuye al paso previo y no a la cláusula escalonada en su totalidad, por tanto, se sustituyó “cláusula escalonada” por “escalón previo”. De la misma manera, se adicionó un ítem al subtema, siendo éste el 17 que a la letra dice “El escalón previo no consta en una obligación a cumplir” puesto que en el caso analizado el escalón previo no encuadraba en ninguno de los tres supuestos previstos, que son condición suspensiva, presupuesto procesal y carga procesal, entonces al no existir una clasificación para las excepciones de estos supuestos, se deja el caso sin una clase o categoría donde agruparlo, toda vez que al consistir en una cláusula escalonada existe la posibilidad que el escalón previo a arbitraje no sea una obligación a cumplir. Con lo anterior, se modificó a su vez el título del subtema correspondiente denominándose ahora “carácter del escalon previo” y con la adición del ítem se vuelve a tener la misma enumeración en el formulario antes y después del pilotaje. En el ítem 18 se reformuló la redacción para mejor entendimiento, sustituyendo “jueces y árbitros” por “autoridad” para abarcar cualquier tercero neutral que resuelva sobre el conflicto, sea con facultad jurisdiccional o con facultad otorgada por un MASC para solucionar un conflicto, así también en el mismo ítem se eliminó la palabra “ejecutable” porque puede confundir al investigador al entrar en duda de a quién le corresponde ejecutar la cláusula, además de que se preguntaría dos cuestiones distintas en un solo ítem conllevando a posibles aplicaciones incorrectas del mismo. Los ítems 19, 20, 21, 22

y 23 fueron reformulados puesto que el iniciar el ítem con la expresión “Si la cláusula...” puede sugerir una respuesta de “Sí” está presente o “Sí” es aplicable el ítem al caso en estudio causando confusión en la aplicación del instrumento. Como última observación del apartado, las palabras “obligatorio” y “vinculante” son sinónimas en el presente contexto legal, por tanto, se suprimió una de ellas para no ser redundante con la redacción en los ítems 21, 22 y 23.

Respecto a la variable forma de la cláusula, el ítem 24 se cambió de lugar por el 25 para dejar el aspecto general primero, y en el anterior ítem 24, ahora ítem 25, se reformuló porque hace alusión al carácter vinculante de la cláusula y no a la forma de la misma, por tanto, se suprimió la cuestión de la obligatoriedad y se especificaron los aspectos de la formalidad a los que se quieren hacer alusión. Se corrigió el ítem 29, omitiendo la expresión “Si transcurre el periodo...” para no influenciar la respuesta del investigador y replantear la estructura del cuestionamiento del elemento a estudiar. Como última modificación del apartado, en el ítem 30 se sustituyó la expresión “establece expresamente” por “expresar” para facilitar la comprensión del lenguaje y del enunciado.

En lo concerniente al apartado de la variable objeto, se suprimió la expresión “Si...” de los ítems 39, 40 y 41 debido a que, como ya se mencionó anteriormente, pueden indiciar a una respuesta determinada y pueden confundir al investigador aplicando el instrumento. Finalmente, se quitaron renglones del instrumento entre cada apartado para reducir el espacio que ocupa y adaptar los ítems en la menor cantidad de hojas posibles.

Finalizado el pilotaje 1, se procedió a la realización de un segundo pilotaje con la nueva estructura del instrumento para confirmar o rechazar los cambios y modificaciones realizadas en el estudio.

10.9 Prueba piloto 2

Una vez implementado el primer pilotaje y realizadas las modificaciones a cada ítem señalado, se procedió a la aplicación del segundo pilotaje de análisis de contenido de laudos publicados por la ICC al caso 9977 de la publicación de Jiménez Figueres (2003), concluyendo que el instrumento cualitativo aplicado debe ser modificado y perfeccionado por el investigador en algunas cuestiones que se mencionarán en las siguientes líneas.

En lo concerniente a las preguntas de identificación, éstas permanecen redactadas de la misma manera con el fin de identificar y registrar cada caso estudiado. Respecto a la variable voluntad de las partes, en el ítem 10 se reconsideró omitirlo puesto que las partes no tienden a pactar posteriormente a la cláusula escalonada sino que cumplen o incumplen con la misma, siendo innecesaria la redacción de dicho ítem, sin embargo, se optó por dejar el ítem en el atención a que algún caso pueda hacer referencia a la importancia de mantener y cumplir con los acuerdos entre las partes. En el subtema de consentimiento de las partes, el ítem 13 también se consideró eliminarlo puesto que las partes no tienden a pactar con posterioridad a la cláusula escalonada, pero se decidió dejar el ítem por la misma razón en que se dejó el ítem 10, por la importancia que el laudo pueda darle a la voluntad de las partes.

En la variable de naturaleza obligatoria de las cláusulas escalonadas, en el subtema de carácter vinculante, se consideró eliminar el ítem 22 en razón de que se sobreentiende que todo acuerdo entre partes se realiza de buena fe, sin embargo, no todos los laudos arbitrales lo mencionan en su estudio y lo consideran como elemento a favor del cumplimiento de la cláusula, por tanto, se decidió dejar dicho ítem para evaluar el número de laudos que sí lo contempla en su estudio como elemento o factor relevante. Se confirmó la validez del ítem 23 puesto que en el caso analizado se aplicó en el análisis arbitral dado que la parte que objetó las características y la capacidad del representante legal de la contraparte lo hizo pero en un argumento post factual, siendo que debió inconformarse y objetar la capacidad de

representación de la contraparte en el momento de la negociación y no hasta que el conflicto llegó a arbitraje.

Respecto a la variable de forma de la cláusula escalonada, en el subtema de temporalidad, Se consideró reformular el ítem 29 puesto que puede confundir al investigador para quedar de la siguiente manera: “El derecho de acceder al escalón subsecuente precluye cuando transcurre el tiempo señalado para la etapa previa sin que la misma se haya llevado a cabo.”.

En la variable del objeto de la cláusula, en su subtema solución de conflictos, el ítem 39 se reformuló dado que para dar por terminado o concluido un método alternativo de solución de conflictos no es necesario que ambas partes lo consientan sino que con una sola parte que consienta la terminación del mecanismo basta siendo que una de ellas puede acudir a mediación o negociación y si la contraparte no acude dentro de los términos acordados, éste se puede dar por terminado haciendo constar que el mismo no se cumplimentó. Por consiguiente, el ítem 39 queda de la siguiente forma: “Es admisible que una de las partes consienta dar por terminado el escalón o mecanismo alternativo cuando la contraparte no acude al método alternativo previsto en los términos acordados en la cláusula.”

Por último, y en virtud de que los ítems fueron modificados, se procedió a modificar los códigos previstos para el análisis de respuestas e información obtenida. Así también, ante posibles respuestas que no hayan sido previstas, se incluyeron categorías y códigos denominados “otros” para poder clasificar los países de procedencia de laudos, así como el tipo de procedimientos MASC escalonados que no se hayan vaticinado previamente a partir de los casos citados en esta investigación.

10.10 Aplicación de instrumento cualitativo (análisis de documentos basados en archivos públicos)

Es necesario mencionar que el instrumento de análisis de datos fue elaborado a partir de la categorización y codificación mencionada en el capítulo 9 (véase el Anexo 14.2

Categorización, asociación de palabras y codificación, así como la “TABLA 1.9 Codificación de variables”), con el cual se elaboraron ítems que cuestionaran la presencia o ausencia de las categorías principales de cada variable de estudio, la voluntad de las partes contratantes, naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB, la forma de la cláusula MED-ARB y el objeto de la cláusula MED-ARB. Así también, se destaca que la aplicación del instrumento de análisis de datos se caracterizó porque cada uno de los cuestionarios aplicados fue resuelto en un tiempo promedio de 45 minutos a 1 hora por el estudio, entendimiento e interpretación que se debe realizar de cada caso, mismos que al diferir en el idioma en que se publicaron, influyen en el tiempo de análisis y respuesta de las preguntas por parte del investigador.

El cuestionario consistió en 41 reactivos, iniciando con preguntas de identificación, posteriormente se encuentran las preguntas de hecho, preguntas de consistencia y de filtro para especificar las características y función que tiene la cláusula escalonada. Cabe destacar que así como en el pilotaje, se utilizan preguntas dicotómicas con respuestas “SI” o “NO”. Se eligieron preguntas de este tipo para facilitar el análisis y representación de información recopilada, además de que esa forma de cuestionamientos contribuye a manifestar objetivamente el criterio de árbitros al mostrar la presencia o ausencia del indicador señalado por el investigador.

Los 15 laudos ICC fueron analizados desde su transcripción publicada en los compendios de casos antes referidos y posteriormente, se procedió a registrar los resultados y obtener gráficos que representaran los criterios de los árbitros contenidos en dichos laudos. Para el estudio de los laudos se procedió a codificar las respuestas otorgándole un valor de “1” a las afirmaciones, y un valor de “0” a las negaciones de cada ítem, con el objeto de dar un valor cuantitativo y poder visualizar la presencia o ausencia de elementos en las cláusulas y criterios de las mismas.

En cuanto a las preguntas de identificación, se les otorgó también un valor a cada posible respuesta, las cuales se establecieron a partir de la información de identificación encontrada

en los casos teóricos mencionados en el capítulo 5 y en los pilotajes referidos en el capítulo 10 y 11. En cuanto al país de origen de cada laudo analizado, se encontró la siguiente información:

País	Cantidad de laudos emitidos
Bélgica	1
Chile	0
Colombia	0
Estados Unidos de América	0
Francia	3
Inglaterra	0
México	0
Perú	0
Suiza	5
Otros	4
No especifica	2
Total:	15

TABLA 1.16 Países donde se emitieron los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.

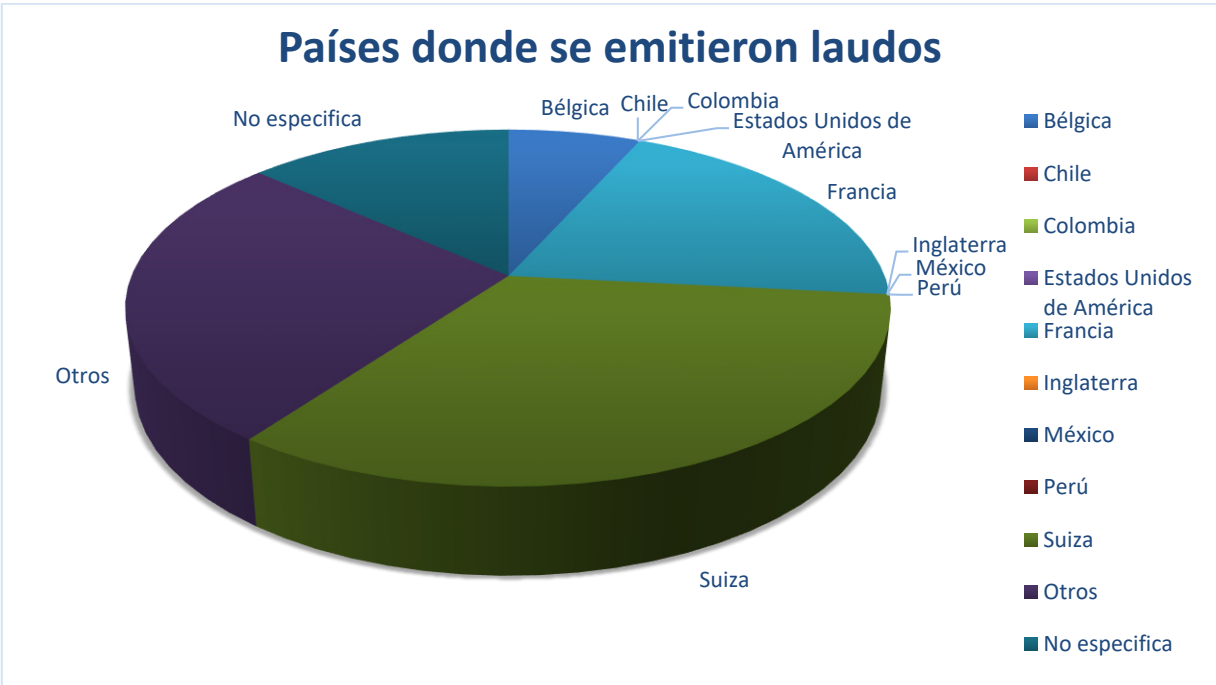


FIGURA 1.16 Representación gráfica de países donde se emitieron los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.

En la tabla 1.16 y la figura 1.16 elaboradas se puede observar como la mayoría de los casos estudiados provienen de Suiza, en tanto que existe una tercera parte de los casos cuyo origen es de países diversos a los previstos, destacando entre ellos Jordania, Bahrein, Países Bajos y Finlandia, además de un par de casos que omiten mencionar la procedencia del laudo que dio término a la disputa.

Respecto al tipo de MASC escalonado previsto en cada caso, también se tomó en consideración los casos antes citados para establecer una base de potenciales mecanismos que pudieran encontrarse en las cláusulas escalonadas, de los cuales se observaron los siguientes resultados:

Tipo de MASC escalonado	Cantidad de laudos emitidos
MED-ARB	0
ARB-MED	0
CON-ARB	4
ARB-CON	0
NEG-ARB	4
ARB-NEG	0
Otros	7

TABLA 1.17 Tipo de MASC contenidos en las cláusulas escalonadas de los casos analizados.
Elaboración propia del investigador.

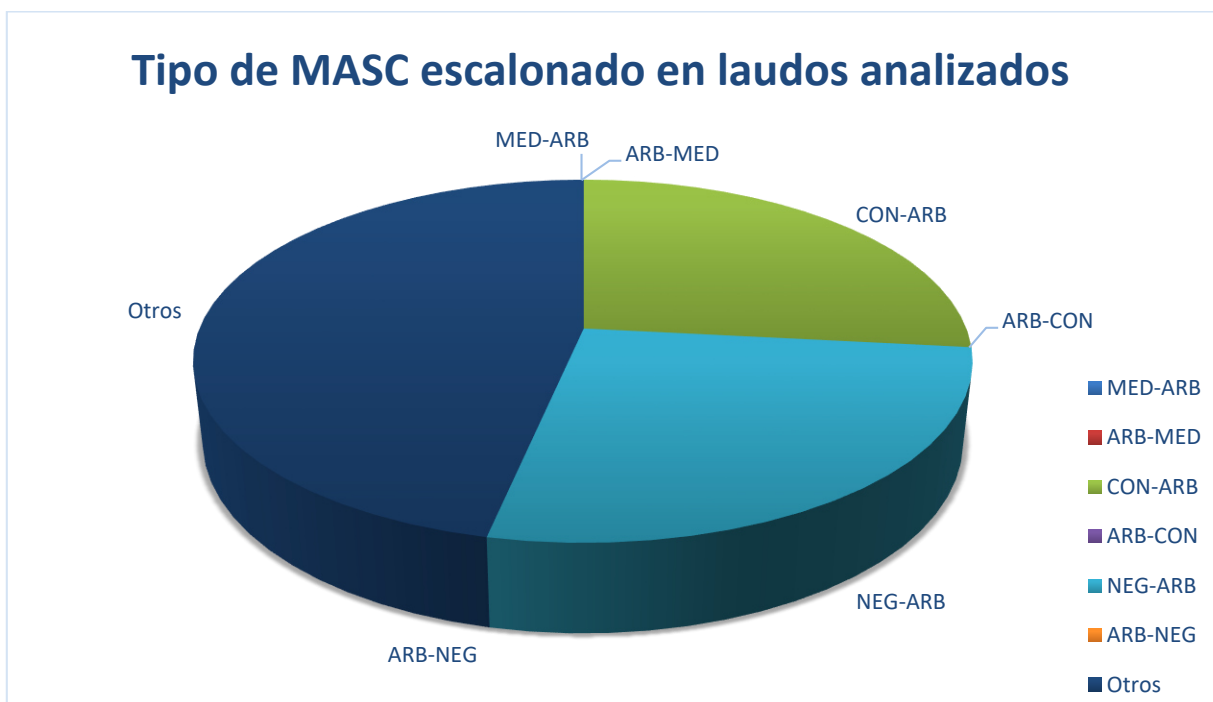


FIGURA 1.17 Representación gráfica de los MASC contenidos en las cláusulas escalonadas de los casos analizados. Elaboración propia del investigador.

A partir de la tabla 1.17 y la figura 1.17, se puede observar que los MASC escalonados con mayor número de representación son los mecanismos categorizados como “Otros”, en los cuáles se encontraron cláusulas escalonadas de hasta 3 etapas en los laudos ICC. Entre dichas cláusulas o procedimientos se encontraron “Ingeniero-Arbitraje” (ING-ARB), “Negociación-Ingeniero-Arbitraje” (NEG-MED-ARB), “Negociación-Mediación-Arbitraje” (NEG-MED-ARB) y “Negociación-Parity Commission- Arbitraje” (NEG-PARITY COMMISSION), los cuales no estaban previstos dentro de los posibles casos a revisar, sin embargo, se consideraron por tener la misma característica de escalonamiento entre los métodos alternos de la cláusula. En segundo lugar, se encuentran los procedimientos Negociación-Arbitraje (NEG-ARB) y Conciliación-Arbitraje (CON-ARB), cada uno con cuatro casos del mismo procedimiento, y los cuales representan el mismo escalonamiento que las cláusulas MED-ARB puesto que primero se comienza con un mecanismo autocompositivo para terminar con uno heterocompositivo, razón por la cual se tomaron en cuenta para el presente capítulo.

En cuanto al año de emisión de los laudos analizados, estos fueron emitidos y registrados de la siguiente manera:

Año de emisión de laudo	Cantidad de laudos analizados
1985	0
1986	4
1987	0
1988	1
1989	1
1990	2
1991	0
1992	0
1993	0
1994	0
1995	1
1996	1
1997	1
1998	0
1999	1
2000	1
2001	0
2002	0
2003	0
2004	0
2005	0
2006	0
2007	0
2008	0
2009	1
2010	0
2011	0
2012	1
Total:	15

TABLA 1.18 Año de emisión de los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.

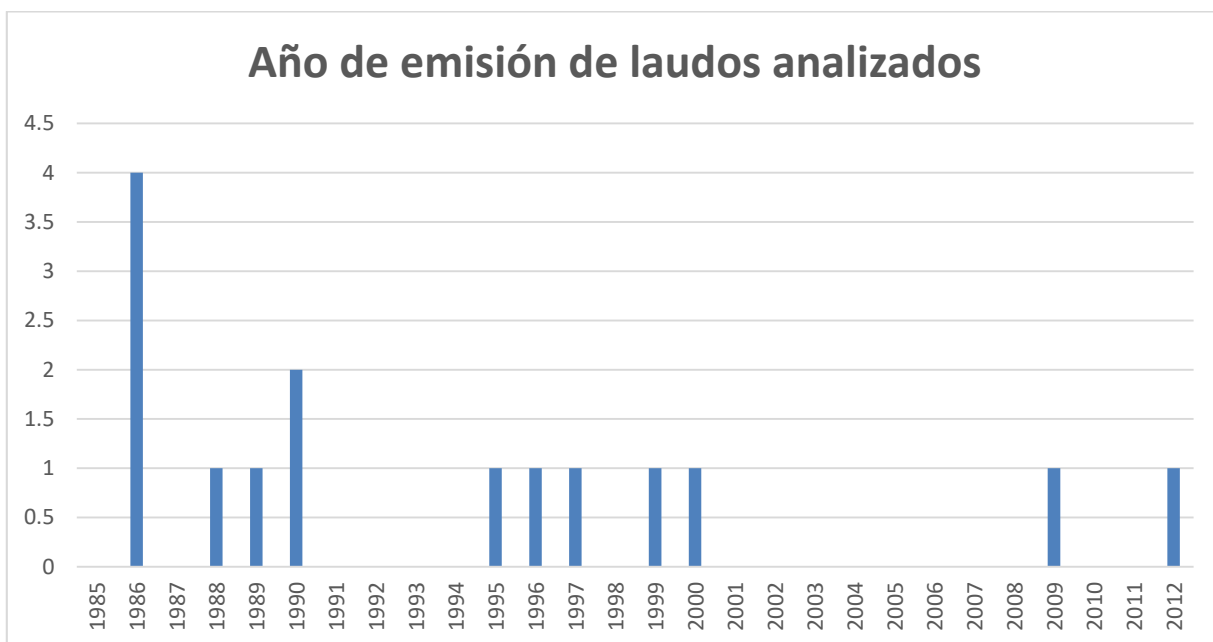


FIGURA 1.18 Representación gráfica de los años de emisión de los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.

Con la tabla 1.18 y su respectiva figura 1.18 es posible dilucidar que los laudos estudiados fueron emitidos en diversos años a lo largo de las últimas décadas, siendo los primeros laudos emitidos y publicados en 1986 y el último de ellos en el año 2012, información que muestra que la temática de estudio ha sido y actualmente es relevante en la resolución de laudos.

Ahora bien, respecto al registro de la información obtenida por el investigador, ésta se encuentra concentrada en el “Anexo 14.6 Resultados obtenidos del análisis de documentos basados en archivos públicos (laudos ICC)”, consistente en la tabla de resultados obtenidos y que por su misma extensión fue adjuntada al final de la tesis como anexo para su consulta (véase el Anexo 14.5). Debido a la extensión del instrumento aplicado, se abordarán los resultados por variable para su interpretación, por lo que a continuación se desglosan los mismos en 4 apartados dependiendo de la variable a tratar.

La variable “Voluntad de las partes” se conforma por los ítems 6 al 13, los cuales tienen los códigos “MANIFEST1”, “MANIFEST2”, “MANIFEST3”, “AUTONOMIA1”, “AUTONOMIA2”, “CONSENT1”, “CONSENT2” y “CONSENT3” respectivamente, mismos que conforman los

elementos, manifestación de la voluntad, autonomía de la voluntad y consentimiento de la partes, propios de la variable a tratar (véase el Anexo 14.2 Categorización, asociación de palabras y codificación, así como la “Tabla 1.9 Codificación de variables”).

	Código de ítem	C1	C2	C3	C4	C5	C6	C7	C8	C9	C10	C11	C12	C13	C14	C15	Total de frecuencias
6	MANIFEST1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
7	MANIFEST2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
8	MANIFEST3	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
9	AUTONOMIA1	0	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	0	1	1	1	10
10	AUTONOMIA2	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	0	0	1	1	1	11
11	CONSENT1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
12	CONSENT2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
13	CONSENT3	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
	Total de frecuencias por caso	6	7	6	7	7	7	7	7	6	5	5	5	7	7	7	

TABLA 1.19 Presencia de variable “Voluntad de las partes” en los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.

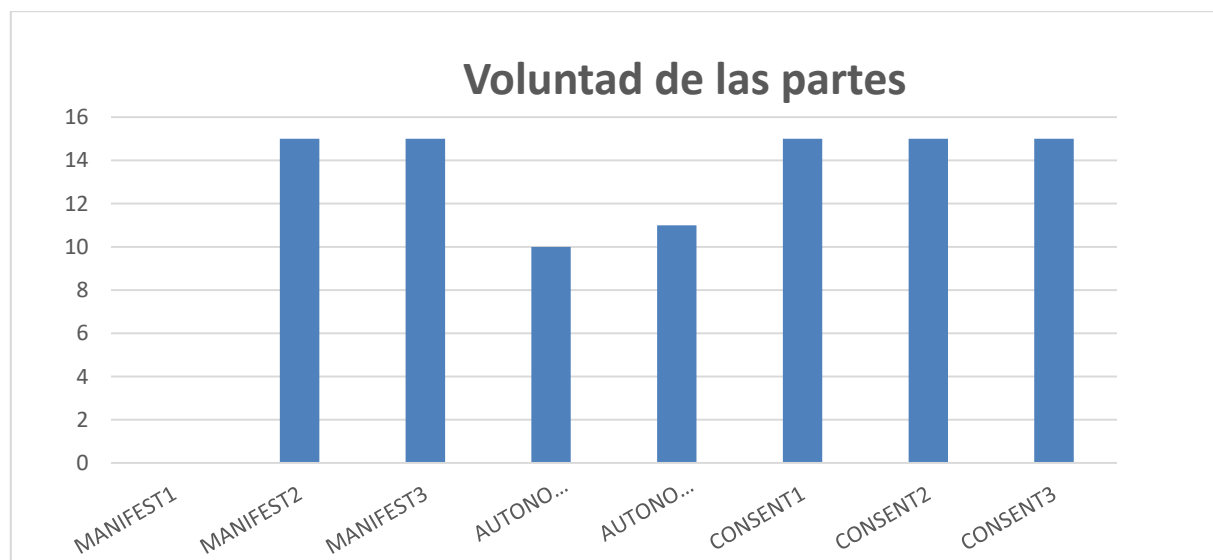


FIGURA 1.19 Presencia de variable “Voluntad de las partes” en los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.

De los resultados obtenidos a partir del análisis de laudos ICC, plasmados en la tabla 1.19 y en la figura 1.19, se pudo observar en lo que respecta a la variable “Voluntad de las partes” que el código “MANIFEST1” correspondiente a la manifestación de voluntad tácita de los contratantes no se presenta en ningún caso, en tanto que los códigos “MANIFEST2”, “MANIFEST3”, “CONSENT1”, “CONSENT2” y “CONSENT3” que representan la manifestación expresa de la voluntad de las partes, así como el consentimiento y aceptación de la cláusula escalonada por las mismos participantes se encuentra presente en su totalidad puesto que al momento de pactar una cláusula MASC escalonada, se manifiesta expresamente el consentimiento de aceptar la oferta presentada, incluyendo sus términos y condiciones (véase ANEXO 14.5 Resultados obtenidos de análisis de documentos basados en archivos públicos (laudos ICC)) para observar los ítems que evaluaron la presencia de los elementos de la voluntad en las cláusulas de casos analizados.

En lo concerniente a la variable “Naturaleza obligatoria de la cláusula escalonada”, ésta verificó si se encontraba la presencia o no de los elementos propios de la variable, como es el caso del carácter del escalón previo en la cláusula, el cumplimiento forzoso de lo pactado en la cláusula, y el carácter vinculante de la cláusula escalonada. Los citados elementos de la variable que nos ocupa se dividieron a su vez en los códigos “CHARACTER1”, “CHARACTER2”, “CHARACTER3”, “CHARACTER4”, “CUMPLFORZO1”, “CUMPLIFORZO2”, “CUMPLIFORZO3”, “CVINCULANTE1”, “CVINCULANTE2” y “CVINCULANTE3”, mismos que representan los 3 elementos de la variable “Naturaleza obligatoria” antes citados.

	Código de ítem	C1	C2	C3	C4	C5	C6	C7	C8	C9	C10	C11	C12	C13	C14	C15	Total de frecuencias
14	CARACTER1	0	1	0	1	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1	0	4
15	CARACTER2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
16	CARACTER3	0	0	0	0	1	0	0	1	1	1	1	1	1	0	0	7
17	CARACTER4	1	0	1	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1	4
18	CUMPLFORZO1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	0	1	1	1	12
19	CUMPLFORZO2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	1	1	1	1	13
20	CUMPLFORZO3	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	0	0	1	1	1	11
21	CVINCULANTE1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
22	CVINCULANTE2	0	1	0	1	0	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	10
23	CVINCULANTE3	0	1	0	0	0	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	9
	Total de frecuencias por caso	5	7	5	6	5	5	5	7	6	4	4	5	7	7	7	

TABLA 1.20 Presencia de variable “Naturaleza obligatoria de la cláusula escalonada” en los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.



FIGURA 1.20 Presencia de variable “Naturaleza obligatoria de la cláusula escalonada” en los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.

De los resultados e información obtenida del cuestionario elaborado por el investigador a partir de la categorización y codificación de las variables, se pudo observar que en el caso de la variable “Naturaleza obligatoria de la cláusula escalonada” el código “CHARACTER2” no se encontró en ninguno de los casos estudiados, en tanto que el código “CVINCULANTE1” se presentó en cada uno de los laudos en comento. Resulta necesario aclarar que el elemento carácter del escalón previo fue dividido en 4 ítems para poder establecer cuál es el carácter común o con mayor frecuencia en laudos cuya solución de disputas se encuentra establecida en una cláusula MASC escalonada, dichos ítems versan sobre si el escalón previo consta de una condición suspensiva, un presupuesto procesal, una carga procesal o una obligación a cumplir. Ahora bien, en este código “CHARACTER2”, se observa que ningún escalón previo en los 15 laudos revisados tuvo o consistió en un presupuesto procesal, sino que más bien los escalones previos trataban de condiciones suspensivas en donde si no se cumple con el escalón previo, no se permite acceder al arbitraje; de cargas procesales en donde el escalón previo consistía de un acto necesario para prevenir un perjuicio procesal en arbitraje; o simplemente el escalón previo no consistía en una obligaciones a cumplir.

Así también, de la tabla 1.20 y la figura 1.20 se puede dilucidar que el código con mayor presencia en los casos estudiados es el denominado “CVINCULANTE1”, el cual representa la obligatoriedad de la cláusula escalonada cuando las partes contratantes la acuerdan con autonomía de voluntad, puesto que todo pacto acordado entre los contratantes debe ser cumplimentado por las mismas siguiendo el principio de *pacta sunt servanda* y las obligaciones contraídas.

Por su parte, los elementos de la variable “Forma de la cláusula escalonada” consisten en las formalidades, la temporalidad y la expresión de la cláusula escalonada, mismos que se clasificaron en los códigos “FORMALIDAD1”, “FORMALIDAD2”, “FORMALIDAD3”, “TEMPORAL1”, “TEMPORAL2”, “TEMPORAL3”, “EXPCLAUSULA1”, “EXPCLAUSULA2” y “EXPCLAUSULA3”, los cuales conforman los 3 elementos de la variable descrita.

De la información recolectada por el cuestionario elaborado y aplicado por el investigador se constató que para la variable “Forma de la cláusula escalonada” los códigos “TEMPORAL1”, “TEMPORAL2”, y “TEMPORAL3” fueron los que se presentaron con menor frecuencia, mismos que determinan si la cláusula establece o no cuándo inicia y termina cada escalón, el periodo de tiempo que involucra la implementación de cada escalón y la preclusión del derecho de acceder al escalón subsecuente cuando transcurrió el tiempo estimado para la realización de etapa previa sin que se haya llevado a cabo. Por el contrario, los códigos con mayor representación en los laudos estudiados fueron “FORMALIDAD1”, “FORMALIDAD2” y “EXPCLAUUSULA1”, los cuales permiten determinar si la cláusula escalonada se encuentra por escrito o de manera expresa, si la propia cláusula hace referencia a la ley aplicable, el lugar, la autoridad moninadora, el idioma y el reglamento al que se sujetarán los MASC acordados, así como si la cláusula ostenta el carácter que ostenta el escalón previo, siendo loable aclarar que en este último ítem que evalúa el código “FORMALIDAD2” se consideraron las cláusulas que solamente señalaban el reglamento de la autoridad nominadora aplicable al conflicto puesto que la sola referencia a un reglamento de una institución o autoridad nominadora prevé el conjunto de reglas y procedimientos a aplicar en caso de no preveer todos los aspectos de la mediación, el arbitraje o cualquier otro MASC pactado, es decir, que si la cláusula escalonada no preveía la designación de árbitros, el mismo reglamento referido en la cláusula prevé el procedimiento de designación a seguir cuando las partes omiten acordarlo o manifestarlo expresamente.

	Código de ítem	C1	C2	C3	C4	C5	C6	C7	C8	C9	C10	C11	C12	C13	C14	C15	Total de frecuencias
24	FORMALIDAD1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
25	FORMALIDAD2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
26	FORMALIDAD3	0	1	0	1	0	1	0	1	1	1	1	0	1	1	0	9
27	TEMPORAL1	0	0	0	0	1	0	0	1	1	1	1	0	0	1	0	6

28	TEMPORAL2	0	0	0	0	1	0	0	1	1	1	1	0	0	1	0	6
29	TEMPORAL3	0	1	0	0	1	1	0	1	0	1	1	0	0	0	0	6
30	EXPCLAUSULA1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
31	EXPCLAUSULA2	1	1	1	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	12
32	EXPCLAUSULA3	0	0	0	0	1	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	9
	Total de frecuencias por caso	4	6	4	4	7	6	4	9	8	9	9	5	6	8	4	

TABLA 1.21 Presencia de variable “Forma de la cláusula escalonada” en los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.

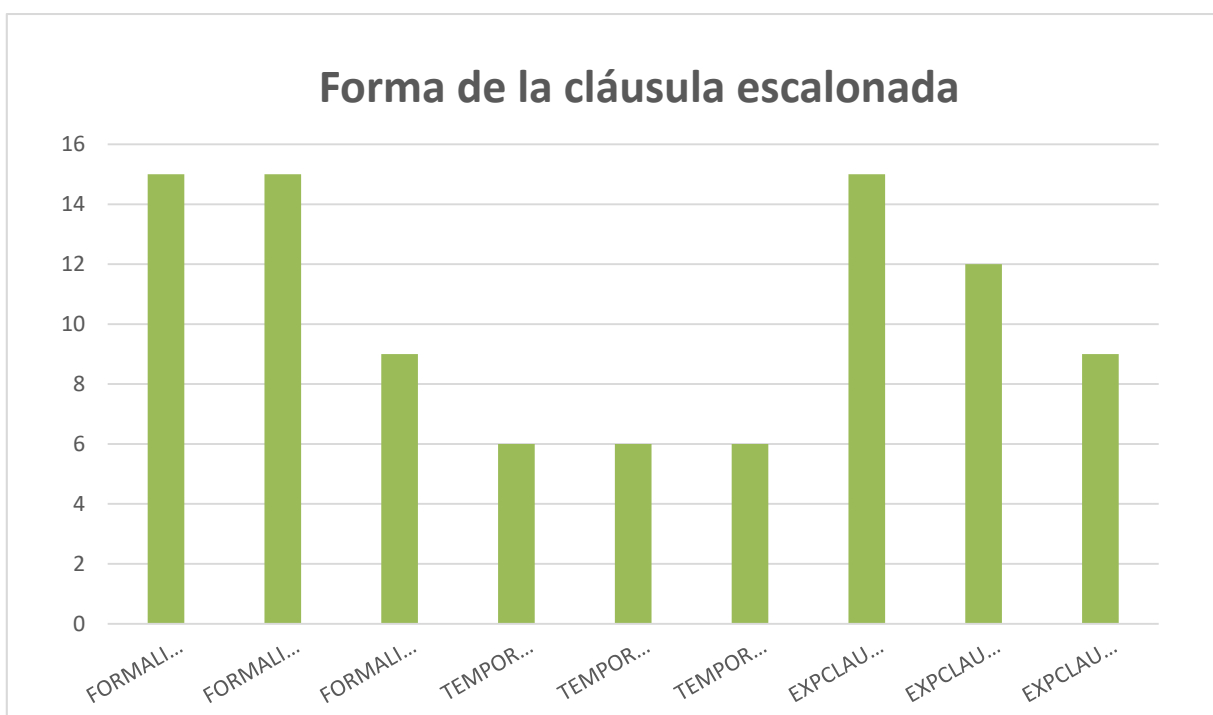


FIGURA 1.21 Presencia de variable “Forma de la cláusula escalonada” en los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.

De la observación de los gráficos, tabla 1.21 y figura 1.21 se puede mostrar que los códigos “TEMPORAL1”, “TEMPORAL2”, y “TEMPORAL3” se encuentran con menor presencia que los códigos “FORMALIDAD1”, “FORMALIDAD2” y “EXPCLAUSULA1”, últimos códigos que muestran si la cláusula escalonada constó por escrito o de manera expresa, si el contenido de la misma preveía todos los aspectos procedimentales para implementar los MASC pactados y si la propia cláusula señala el carácter que tiene el escalón previo, es decir, si se trata de una condición suspensiva, un presupuesto procesal, una carga procesal o simplemente no se trata de una obligación alguna.

Por último, respecto a la variable “Objeto de la cláusula escalonada”, se observó si los elementos de dicha variable se encontraban presentes o no en cada cláusula escalonada que revisó respecto a cada laudo arbitral. Los elementos de la variable en cita son la intención, el método y la solución de conflictos, los cuales se dividieron a su vez en los códigos “INTENCION1”, “INTENCION2”, “INTENCION3”, “METODO1”, “METODO2”, “METODO3”, “SOLCONFLIC1”, “SOLCONFLIC2” y “SOLCONFLIC3”.

Así como en los códigos de las variables antes descritas, en el caso del “Objeto de la cláusula escalonada”, se observó que el código “SOLCONFLIC3” no se presentó en ninguno de los casos, el cual constata si hay presencia o no de sanciones pecuniarias ante el incumplimiento de la cláusula escalonada, siendo que los códigos “INTENCION1”, “INTENCION2”, “INTENCION3”, “METODO2” y “SOLCONFLIC2” se presentaron en la totalidad de los laudos arbitrales y los cuales establecen si se presentó o no la manifestación de la voluntad de las partes de solucionar los conflictos, así como su intención, además de determinar la presencia de efectos jurídicos que busca la cláusula y que el laudo dictado en la etapa final de arbitraje es vinculante para las partes.

Del análisis, información y resultados obtenidos, se pudo dilucidar que de la variable “Objeto de la cláusula escalonada” el código “SOLCONFLIC3” no estuvo presente en ninguno de los casos estudiados, en tanto que los códigos “INTENCION1”, “INTENCION2”, “INTENCION3”,

“METODO2”, y “SOLCONFLIC2” se presentaron en todos los casos vistos, de lo cual se destaca que los ítems cuyos códigos estuvieron presentes en la totalidad de los casos referían a la manifestación e intención de los contratantes en la cláusula escalonada de solucionar sus disputas mediante MASC, así como la descripción de los efectos jurídicos que la cláusula buscaba lograr, el procedimiento metodológico a seguir para resolver el conflicto que se presente por medio de MASC escalonados y si el laudo dictado era vinculante para las partes que acordaron someterse a un procedimiento escalonado. Los resultados de los elementos de la variable “Objeto de la cláusula escalonada” se pueden observar a continuación:

	Código de ítem	C1	C2	C3	C4	C5	C6	C7	C8	C9	C10	C11	C12	C13	C14	C15	Total de frecuencias
33	INTENCION1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
34	INTENCION2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
35	INTENCION3	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
36	METODO1	0	1	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	11
37	METODO2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
38	METODO3	1	1	0	1	0	1	0	1	0	1	1	1	1	1	1	11
39	SOLCONFLIC1	0	0	1	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	12
40	SOLCONFLIC2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
41	SOLCONFLIC3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	Total de frecuencias por caso	6	7	6	6	7	8	7	8	7	8	8	8	8	8	7	

TABLA 1.22 Presencia de variable “Objeto de la cláusula escalonada” en los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.

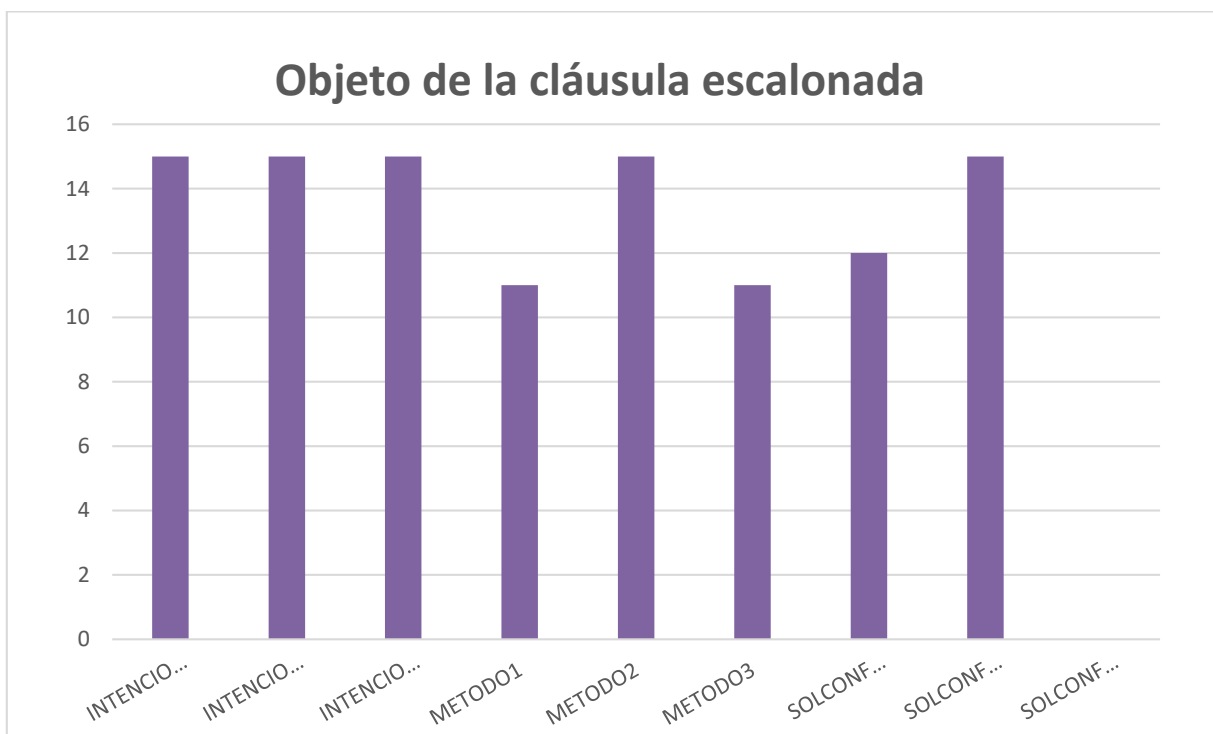


FIGURA 1.22 Presencia de variable “Objeto de la cláusula escalonada” en los laudos analizados. Elaboración propia del investigador.

La tabla 1.22 y la figura 1.22 muestran que el código “SOLCONFLIC3” se presenta en menor medida que los códigos con mayor presencia “INTENCION1”, “INTENCION2”, “INTENCION3”, “METODO2” y “SOLCONFLIC2” en los casos revisados, los cuales muestran si las cláusulas escalonadas analizadas manifestaban o no la intención de las partes de dar solución a sus controversias, si la propia cláusula contaba con una metodología cuyo objetivo era la solución de conflictos, así como si el laudo arbitral, consecuencia del arbitraje final de las cláusulas escalonadas, era vinculante y, por tanto, obligatorio para las partes.

En resumen de lo anteriormente mencionado, resulta necesario observar los resultados destacados de los 15 laudos arbitrales en estudio, además de analizarlos y explicarlos a manera de proporcionar una interpretación y un criterio de investigación de las cláusulas escalonadas implementadas en la práctica y que han sido analizadas por árbitros y tribunales arbitrales en los propios laudos, aportación que hará el investigador en el próximo apartado.

10.11 Conclusión

Conforme a la información y resultados obtenidos de la aplicación del instrumento de análisis de documentos basados en archivos públicos a 15 laudos arbitrales ICC, a continuación el investigador dará una interpretación de las cláusulas escalonadas revisadas, así como de los criterios de árbitros relativos a la implementación de dichas cláusulas. Se destacarán los ítems de códigos con mayor representación, volviendo a clarar que la muestra obtenida en la presente investigación corresponde a la disponibilidad y accesibilidad de laudos arbitrales en el tema de investigación, mismos que por su naturaleza son confidenciales y privados, como ya se explicó en líneas anteriores.

Primeramente, resulta relevante señalar que a partir de la categorización y codificación contenida en el “Anexo 14.2 Categorización, asociación de palabras y codificación” se realizó el instrumento aplicado a los 15 laudos ICC como procedimiento de análisis de documentos basados en archivos públicos (laudos), en el cual se verifica la presencia o ausencia de las 4 variables de investigación, mismas que se dividen en 3 códigos cada una con sus respectivos ítems correspondientes.

Cabe mencionar que aunque el instrumento no parte de un código principal general como en el caso de las entrevistas semiestructuradas, existe una relación entre códigos y variables porque se vinculan elementos entre sí, como es el caso de la naturaleza obligatoria y la forma de la cláusula escalonada puesto que la primera manifiesta la obligación que las partes contraen, siendo que la segunda consiste en la forma o manera de expresar la obligación de la cláusula, se redacción, expresión y extensión.

Ahora bien, para poder proporcionar una interpretación de los elementos fundamentales de las cláusulas escalonadas utilizadas en la práctica legal, es de relevancia mencionar y explicar la presencia de los diversos códigos con mayor representación del instrumento aplicado en las

tablas y figuras descritas en el presente capítulo, mismas que fueron divididas por variable para una mayor claridad y precisión.

Como primera conclusión, para la variable “Voluntad de las partes”, la “TABLA 1.19 Presencia de variable “Voluntad de las partes” en los laudos analizados” y la “FIGURA 1.19 Presencia de variable “Voluntad de las partes” en los laudos analizados” muestran que los códigos “MANIFEST2”, “MANIFEST3”, “CONSENT1”, “CONSENT2” y “CONSENT3” se encuentran presentes en las cláusulas escalonadas de los laudos revisados, los cuales representan respectivamente la manifestación expresa de la voluntad de las partes, la limitación de manifestación de voluntad de las partes por la naturaleza de la cláusula, el consentimiento de todas las partes de la cláusula, la aceptación de los términos y condiciones de la cláusula al consentirla, y que sea admisible que las partes consientan un nuevo acuerdo después de signar el contrato. Los códigos referentes a la manifestación determinan de manera directa la expresión de la voluntad de las partes en la cláusula escalonada pactada puesto que de forma determinante las cláusulas escalonadas estudiadas coinciden en que la manifestación de la voluntad o intención de las partes debe ser de manera expresa y que dicha voluntad contractual de los casos vistos efectivamente se encuentra limitada por la naturaleza de la cláusula, misma que es el compromiso u obligación de someter sus conflictos a un procedimiento escalonado. Para los códigos referentes al consentimiento, se constata que en los casos estudiados todas las partes consienten la cláusula escalonada a tratar, así como aceptan a su vez todos los términos y condiciones para su cumplimiento, lo cual es similar a una cláusula compromisoria puesto que al momento de aceptarla y consentirla, las partes la aceptan en su totalidad, entendiéndose ésta como una obligación a cumplir en el futuro, a excepción de que sean las mismas partes quienes consientan de mutuo acuerdo algo en contrario u otra obligación que sustituya la anterior, lo cual en las cláusulas y casos revisados es admisible siempre que las partes estén de acuerdo puesto que la voluntad de éstas se sobrepone, tal es el ejemplo que las mismas partes intenten una negociación o mediación previo al arbitraje y, al iniciar dicho mecanismo y no observar disposición o voluntad de lograr

llegar a un acuerdo, decidan acordar conjuntamente dar por terminada dicha etapa y pasar a la siguiente, como el arbitraje, por no encontrar alguna posible solución a su disputa.

La segunda conclusión versa sobre la variable “Naturaleza obligatoria de la cláusula escalonada”, misma que en la “TABLA 1.20 Presencia de variable “Naturaleza obligatoria de la cláusula escalonada” en los laudos analizados” y la “FIGURA 1.20 Presencia de variable “Naturaleza obligatoria de la cláusula escalonada” en los laudos analizados” presenta los códigos con mayor frecuencia en las cláusulas escalonadas de los laudos analizados denominados “CUMPLFORZO2” y “CVINCULANTE1”, mismos que refieren a que el cumplimiento de la cláusula escalonada es exigible por la autoridad nominadora cuando se señala de manera expresa la obligación de cumplimentarse totalmente y que la cláusula escalonada es obligatoria cuando se acuerda con autonomía de voluntad. De la frecuencia encontrada en el código “CUMPLFORZO2” se advierte que la autoridad nominadora puede exigir el cumplimiento de la cláusula escalonada si las partes consienten expresamente la obligación de llevarla a cabo de manera total, acciones arbitrales que se fundan en el principio de autonomía de la voluntad puesto que las mismas partes son quienes aceptaron los términos y condiciones de la cláusula, y de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda* y los ordenamientos jurídicos, todo contrato y acuerdo jurídico celebrado y consentido por la totalidad de las partes tiene fuerza de ley y debe llevarse a cabo como se ha mencionado anteriormente en el presente trabajo. Dicho fundamento legal se reitera en el código “CVINCULANTE1”, el cual establece que la cláusula en comento es obligatoria cuando se acuerda por los contratantes con autonomía de voluntad, lo cual es precisamente lo citado en líneas anteriores, que establece que todo acto jurídico, en este caso contratos o cláusulas escalonadas, es obligatorio puesto que el principio de autonomía de voluntad de las partes les otorga ese carácter vinculante al ser un pacto aceptado y consentido por los contratantes.

Como tercera conclusión, la variable “Forma de la cláusula escalonada” en la “TABLA 1.21 Presencia de variable “Forma de la cláusula escalonada” en los laudos analizados” y en la

“FIGURA 1.21 Presencia de variable “Forma de la cláusula escalonada” en los laudos analizados” muestra los códigos “FORMALIDAD1”, “FORMALIDAD2” y “EXPCLAUSULA1” con mayor representación en las cláusulas escalonadas de los 15 laudos estudiados, códigos que señalan si la cláusula escalonada consta por escrito o de manera expresa, si se establece en dicha cláusula los aspectos formales del procedimiento escalonada, como la ley aplicable, lugar, idioma, autoridad nominadora y reglamento aplicable, así como si se expresa el carácter del escalón previo en la cláusula, siendo que las etapas previas pueden consistir en una condición suspensiva, un presupuesto procesal, una carga procesal o si es escalón no es una obligación a realizar, modalidades que fueron explicadas en capítulos anteriores. En el caso de los laudos a tratar, el investigador pudo observar y evaluar que las cláusulas tienden a estar expresamente asentadas, específicamente por escrito, así como se señalan los aspectos y elementos fundamentales del mecanismo escalonado pactado, ya sea porque se definen por escrito el lenguaje, lugar, autoridad, reglamento y ley aplicables, o porque se establezca de manera genérica el reglamento de una autoridad nominadora que se aplicará en el procedimiento y que, en ausencia de disposición específica de las partes, cuenta con disposiciones aplicables, por ejemplo en la designación de árbitros si las partes no la designan o del derecho aplicable en caso de omisión de este aspecto en la cláusula escalonada. Respecto al código “EXPCLAUSULA1”, la cláusula sí expresa el carácter que ostenta puesto que el propio lenguaje de ésta determina si se trata de una condición suspensiva sin la cual no se puede avanzar en el escalonamiento, un requisito que condicione el derecho de obtener una resolución sobre el fondo como el presupuesto procesal, un acto necesario para evitar un perjuicio o para obtener un resultado favorable si fuera una carga procesal, o si simplemente no se trata de una obligación. Un ejemplo de cómo el lenguaje de la cláusula determina la obligación es el criterio que toman los árbitros al señalar que palabras como “shall” refieren a una obligación o un deber, en tanto que si no se maneja un lenguaje de obligación y se permite optar entre diversos procesos o inclusive si no se determina la secuencia procesal de un mecanismo a otro, se interpreta como una potestad de las partes de acudir el método alternativo que considere oportuno, lo cual no trata de una obligación o deber.

Por último, la cuarta conclusión respecto a la variable “Objeto de la cláusula escalonada” se presentaron en la “TABLA 1.22 Presencia de variable “Objeto de la cláusula escalonada” en los laudos analizados” y la “FIGURA 1.22 Presencia de variable “Objeto de la cláusula escalonada” en los laudos analizados” diversos códigos con mayor presencia en la totalidad de los laudos considerados en esta investigación, dichos códigos son “INTENCION1”, “INTENCION2”, “INTENCION3”, “METODO2” y “SOLCONFLIC2”, mismos que consisten respectivamente en la intención de las partes, tanto en la manifestación de su voluntad de solucionar su conflicto en la cláusula escalonada, que ésta cláusula establezca la intención de solucionar los conflictos, y que la cláusula escalonada describa los efectos jurídicos que busca; el método a implementar al esclarecer si la cláusula establece o no la metodología a seguir con los MASC; y la solución del conflicto al señalar si el laudo dictado en arbitraje de una cláusula escalonada es vinculante para las partes.

En los instrumentos aplicados a los laudos revisados, se puede observar que en la totalidad de los laudos existe manifestación de voluntad de los contratantes de solucionar sus disputas por medio de un procedimiento escalonado contemplado en la cláusula escalonada, es decir, que el objeto de la cláusula se encuentra manifestado en la misma, que es solucionar los conflictos, presentes o futuros, a través de un mecanismo con escalonamiento; la cláusula establece la intención de las partes de solucionar sus controversias, lo cual se demuestra con la redacción de la misma, en donde se contempla a intención y objeto de someter disputas a MASC escalonados; la cláusula en comento describe los efectos jurídicos que busca, los cuales son la solución del conflicto mediante mecanismos escalonados, como lo sería un procedimiento MED-ARB; la cláusula escalonada establece la metodología a seguir con los MASC, punto en el cual la propia cláusula señala el procedimiento escalonado, cuándo inicia y cuándo termina cada etapa, los tiempos para cada etapa, la designación de terceros neutrales, entre otras cuestiones; y, por último, el laudo final del arbitraje es vinculante o no para las partes contratantes.

En resumen, de la variable “Objeto de la cláusula escalonada” se puede señalar que las cláusulas analizadas cuentan en su totalidad con el elemento de intención de las partes porque se presentan los códigos INTENCION1”, “INTENCION2” y “INTENCION3”, que ponen de manifiesto en la cláusula escalonada que las partes tienen la voluntad e intención de solventar sus disputas a través de no sólo un MASC sino de dos o más métodos y que el efecto que busca es la propia solución del conflictos. En el caso del código “METODO2”, es necesario señalar que la totalidad de las cláusulas escalonadas preveían los pasos a seguir con los MASC preestablecidos, sin embargo, la mayoría de las cláusulas de los laudos revisados en lugar de especificar la temporalidad de cada etapa y los aspectos de los MASC a implementar, referían al Reglamento ICC de MASC, en el cual se establecían todos los métodos, aspectos y elementos de los MASC, con lo cual se cumplía con dicho ítem al encontrarse presente implícitamente cada uno de los elementos del procedimiento escalonado. Para el caso del código “SOLCONFLIC2”, el ítem 40 establece si los laudos de arbitraje serán vinculantes para las partes, mismos que de acuerdo con las leyes modelo de arbitraje comercial, y las leyes nacionales siempre contarán con dicho carácter vinculante, lo cual se encuentra previsto tanto en ordenamientos jurídicos o en juntas como en las propias cláusulas escalonadas que prefieran tener por escrito y descrito el carácter de los MASC previstos.

En lo que respecta a los criterios de árbitros y tribunales arbitrales en los laudos que nos ocupan, las decisiones se encontraban tanto a favor como en contra de la aplicación de MASC escalonados, por ejemplo, a favor de los MASC escalonados, su implementación y ejecución, se encuentran los casos donde la autoridad arbitral considera el paso previo como una obligación o una condición suspensiva, la cual si no es cumplida, no permite el acceso a escalones posteriores, como lo es el arbitraje, sin embargo, dentro de los casos estudiados se encuentra la otra perspectiva, en la cual el árbitro determina que la cláusula no preveía una condición precedente o simplemente que el paso previo de la cláusula escalonada no constituyera obligación alguna a cumplir, aún y a pesar del principio de autonomía de la voluntad que provee con el carácter de ley a los acuerdos y clasificaciones MASC, dándole un

revestimiento de obligación a cada una de las etapas del MASC escalonado. Cabe destacar también que en los procedimientos FIDIC *International Federation of Consulting Engineers* de los casos vistos, el hecho de que las partes no presentaran solicitud de arbitraje, permitía que la decisión del ingeniero tuviera carácter vinculante, es decir, obligatorio, sin embargo, existieron excepciones como lo son que no haya evidencia ni que las partes registraran pormenores en las cláusulas, lo cual desprové de certeza jurídica e impide que se cumpla el último escalón.

CAPÍTULO 11: CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A manera de conclusión, es loable mencionar en el presente apartado que de manera breve se retomarán las ideas principales de cada uno de los capítulos antes desarrollados, conclusiones que buscarán clarificar en el lector los elementos de mayor trascendencia en el presente trabajo y que han impactado con mayor medida en el tema de investigación.

Antes de entrar a la conclusión de cada uno de los apartados del presente trabajo, resulta relevante y necesario hacer mención que los instrumentos cualitativos aplicados en la presente investigación no son instrumentos estandarizados científicamente puesto que son una creación del autor de acuerdo con las muestras disponibles, además de que no existen instrumentos de este tipo dado que a la fecha no encontró una investigación con el mismo propósito y objeto de estudio, por tanto, es inminente y pertinente el recalcar que dicho aspecto se atribuye a la falta de investigaciones y trabajos en el tema a estudiar. También resulta relevante reiterar que en el presente caso se trata de una muestra no probabilística por la viabilidad de la investigación y la población de estudio disponible, además de la complejidad para conseguir los objetos de estudio, que en este caso se trata de laudos arbitrales cuyo análisis versa sobre la aplicación y ejecución de cláusulas escalonadas.

Ahora bien, respecto al capítulo teórico 2, es relevante mencionar que existe evolución y crecimiento de MASC en el mundo, pero éste es diverso en cada país. Para el caso de México, a pesar de su incursión en el tema, resulta necesario un ordenamiento que regule los MASC a nivel federal, un ordenamiento que se sitúe por encima de las leyes MASC en cada Entidad Federativa y que homologue los criterios y la regulación en el tema para evitar discrepancias entre leyes estatales. Aunque actualmente existen proyectos de iniciativas de leyes MASC en proceso legislativo, la denominada “Ley de General de Justicia Cívica e Itinerante” y la denominada “Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias” fueron

aprobadas por la Cámara de Diputados, sin embargo, todavía se encuentran pendientes de aprobación en la Cámara de Senadores, por lo cual se sigue siendo necesaria una ley general que regule los MASC en el país a nivel federal.

Se observa también que las cláusulas escalonadas pueden ser una ventaja o desventaja procesal dependiendo de cómo se redacten, manejen y utilicen si se buscan lineamientos preestablecidos de autoridades nominadoras y se pone especial atención, cuidado y precisión en su elaboración, su implementación y ejecución será más beneficiosa que perjudicial puesto que se reducirán los obstáculos procedimentales y se logrará gestionar conflictos para su solución.

Del capítulo 3 se puede concluir que en controversias de millones de dólares del sector energético, la inversión económica para solucionar su conflicto de manera privada será mayor puesto que se trata de conflictos cuantiosos como se observó con los lineamientos y tabuladores citados. Sin embargo, el uso de cláusulas MASC, específicamente cláusulas escalonadas, reduce significativamente el costo e inversión económica que las partes necesitan aportar para la solución del conflicto, puesto que en lugar de solo acudir a un MASC, se tiene la ventaja de tener dos o más instancias MASC para gestionar y solucionar la disputa.

En el sector energético tanto los particulares como la administración pública se verían beneficiados por la implementación de MASC escalonados pues se permite tanto la disminución del impacto económico en la solución de un gran número de disputas inminentes como que éstas puedan ser resueltas por mecanismos no adversariales resguardando la relación contractual a largo plazo, dejando que solamente los conflictos complejos y que requieran de más medios y herramientas para resolverse lleguen hasta arbitraje.

Respecto al capítulo 4 se puede resumir que la redacción de cláusulas modelo escalonadas varía y depende de cada autoridad nominadora. Son precisamente las cláusulas modelo las que dan seguridad jurídica a los contratantes que las implementan puesto que dichas cláusulas

son eficaces en la práctica al haber sido redactadas, implementadas, ejecutadas y resueltas con anterioridad por las partes y por las autoridades nominadoras respectivamente, por lo cual, sin duda alguna, serán ejecutadas en cuanto se susciten conflictos entre partes contratantes.

Entre las recomendaciones de doctrinarios y de autoridades nominadoras es de importancia establecer los periodos de tiempo límite de duración de la mediación antes de pasar al arbitraje o litigio, dando especial atención a que los periodos de tiempo sean cortos para no arriesgar a la prolongación del MASC escalonado, inclusive se recomienda esclarecer cuándo inicia y termina cada etapa, así como cuándo se activa cada una de éstas etapas. Otra recomendación relevante prevista por la doctrina es la implementación de cláusulas modelo como aseguramiento de su aplicación y ejecución, además de expresar la obligación y compromiso forzoso de ir a mediar, al igual que la especificación de los aspectos relevantes en la ejecución de los MASC previstos, como es el número de árbitros, el lugar, idioma y la ley aplicable del arbitraje, así como designar a la persona o institución que será la autoridad nominadora, o en su defecto, establecer en la cláusula MED-ARB o escalonada el reglamento u ordenamiento de la autoridad nominadora que aplicará en los conflictos de dicha relación contractual, el cual establece los aspectos aplicables a los MASC contenidos en la cláusula, así como las medidas a tomar en caso de omisión de alguno de los aspectos relevantes de los mecanismos alternos a tratar.

Del capítulo 5 se puede observar que los criterios de las cortes y tribunales no son en el mismo sentido y pueden ser diversos dependiendo de varios factores, desde la manera de juzgar la implementación, aplicación y ejecución de una cláusula MASC, hasta los elementos que consideren pertinentes dependiendo de su derecho nacional y consuetudinario, por lo cual no es factible unificar y agrupar criterios en un mismo sentido, toda vez que las sentencias y fallos emitidos por las autoridades jurisdiccionales y arbitrales dependen de sus leyes aplicables, de

las partes, de lo acordado por las mismas, del caso concreto y de los precedentes que cada autoridad dirimidora consideró para emitir su criterio.

En dicho capítulo 5 se describieron diversos casos resueltos tanto por autoridades jurisdiccionales como arbitrales, en los cuales en algunos se determinó que la cláusula MASC escalonada no ordenaba el cumplimiento forzoso de los MASC por no establecer expresamente la mediación como una condición precedente al arbitraje; en otro caso, la cláusula escalonada carece de validez ya que las partes no determinaron los requisitos de procedibilidad si no es mediante disposición expresa de ley, además que las etapas previas al arbitraje no eran obligatorias ni conformaban una condición indispensable para acudir al arbitraje; por el contrario, en otro caso la mediación como condición precedente al arbitraje se consideró como obligatoria.

Así también, el procedimiento MASC escalonado no se consideró como obligatorio en razón de que la cláusula MASC previó una tentativa de solución amistosa de la disputa pero no contaba con las especificaciones del procedimiento a implementar; en otro criterio emitido por una corte jurisdiccional, se ordenó la suspensión del procedimiento judicial y el reenvío de las partes al procedimiento MASC para que resolvieran sus conflictos por la posibilidad de que el conflicto se resolviera en dicha etapa sin acudir a un litigio; inclusive en diverso criterio se anuló el laudo de jurisdicción (del tribunal arbitral), y se ordenó la suspensión del arbitraje hasta que las partes completaran la conciliación previa al arbitraje.

De lo anterior se advierte la ausencia de uniformidad de criterios y disparidad de los mismos al momento de resolver litigios de implementación de la cláusula escalonada, en tanto que unos emiten criterio a favor y otros en contra de los MASC como procedimiento escalonado dependiendo de los elementos del caso y de la cláusula MASC redactada, inclusive algunos juzgadores consideran y valoran en mayor medida la intención y buena fe de las partes de asentar en la cláusula MASC el objeto de resolver conflictos. Es necesario resaltar que el suspender el arbitraje o litigio para remitir a las partes a una negociación, mediación o

conciliación aumenta las probabilidades de resolver el conflicto por voluntad propia de las partes, en tanto que el arbitraje y el litigio implican el cumplimiento obligatorio y forzoso para éstas.

En lo concerniente al capítulo 6, en el sector energético existen diversas disposiciones y ordenamientos jurídicos que prevén los MASC como mecanismos de solución de potenciales disputas, desde las propias legislaciones en la materia, por ejemplo la Ley de Hidrocarburos, hasta los lineamientos, pocedimientos y manuales de solución de conflictos, como lo son el Manual de Solución de Controversias del Mercado Eléctrico y las Bases del Mercado Eléctrico, inclusive los modelos de contrato en la materia publicados a través de decretos en el Diario Oficial de la Federación, como los “Lineamientos y Modelos de Contratos para el uso, goce, afectación o, en su caso, adquisición de los terrenos, bienes o derechos para realizar las actividades de la exploración y extracción de hidrocarburos y de transporte por medio de ductos”, mismos que establecen en sus cláusulas la previsión de MASC como método de resolución de controversias y litigios.

Sin embargo, no todos los medios de previsión de MASC son iguales, por un lado tenemos mecanismos que determinan de manera clara el procedimiento a seguir, así como los periodo de tiempo, plazos y términos para ejercer acciones a inclusive se prevé la capacitación de terceros neutrales que intervendrán en el procedimiento, pero por otro lado se tienen instrumentos y ordenamientos que solamente prevén de manera genérica los MASC como método a implementar, lo cual brinda seguridad jurídica de manera desigual puesto que los primeros dan certeza al señalar los procesos, las formas y los pasos a seguir, an tanto que los segundos solamente refieren a un mecanismo, no establecen cómo se llevará a cabo dicho mecanismo. La ventaja con los contratos modelo que establecen cláusulas tipo en MASC es que no se limita a los actores del sector energético, sino que se les permite modificar dichas disposiciones siempre y cuando no omitan ninguno de los elementos base del contrato y de la cláusula modelo.

A pesar de lo anterior, no se puede generalizar que los MASC se incluyan siempre como mecanismo de solución de disputas, sino que la legislación especial de cada sector, así como lo dispuesto en las leyes especiales de cada dependencia, entidad y empresa productiva del Estado determinarán la factibilidad, previsión e inclusión de los MASC en cada caso. En lo respectivo a las cláusulas MASC escalonadas, se propone hacer un estudio pormenorizado de los contratos modelo del sector energético que prevén una cláusula escalonada, conociendo qué contratos modelos no limitan expresamente ni en su contexto legislativo la previsión, utilización e implementación de cláusulas escalonadas, así como también valdría la pena revisar y analizar si las cláusulas tipo de esos contratos modelo pueden modificarse para incluir un procedimiento escalonado donde los MASC puedan complementarse entre sí y dar solución a los conflictos en cada sector o materia.

Del capítulo 7, se observó que la voluntad de las partes se manifiesta a través del consentimiento con una oferta y una aceptación de ésta, última que puede ser expresa o tácita. En la mediación las partes deben ratificar su consentimiento al MASC en varias ocasiones, puesto que la ley no las obliga a permanecer en el procedimiento, contrario al arbitraje, donde las partes establecen su consentimiento a someter sus disputas a dicho MASC a través de un contrato o una cláusula compromisoria, la cual al ser un acto jurídico voluntariamente aceptado por las partes, tiene el carácter de ley y es obligatorio su cumplimiento.

Doctrinarios clasifican la obligación de mediar como una de carácter natural, la cual no es exigible por las partes ante los tribunales o jueces jurisdiccionales, y se recalca que no es exigible en el sentido de que no es lo mismo acudir al proceso de mediación y la acción de mediar en sí, puesto que la primera versa sobre la presentación y comparecencia al procedimiento MASC, en tanto que la segunda implica mediar y permanecer en el procedimiento.

Respecto a la variable naturaleza obligatoria, tanto la mediación como el arbitraje poseen una naturaleza contractual, sin embargo, el tipo de obligaciones y sus efectos son diversos, en

razón que la mediación trata de una obligación natural, donde no se puede ejercer coacción para hacer cumplir lo acordado, lo cual no infringe el principio de autonomía de la voluntad de las partes, por otro lado, el arbitraje consta de una obligación de hacer y tiene dos efectos, uno positivo al obligar a las partes a conducirse según el convenio arbitral sometiendo sus conflictos a dicho MASC, y uno negativo, donde se hace valer la incompetencia de las autoridades y tribunales jurisdiccionales para resolver sobre el fondo del asunto puesto que es la autoridad arbitral quien conocerá del mismo.

En el capítulo 8, se establece las generalidades de forma de la cláusula escalonada, de las cuales se destaca que en la elaboración de una cláusula de mediación y en el acuerdo o convenio arbitral no se prevén extensas formalidades como el aspecto de que consten por escrito. Para el caso de la cláusula MED-ARB, la doctrina sugiere que se determine de manera clara, concisa y precisa la obligación que deben cumplir las partes contratantes al signar dicha cláusula, además de los tiempos, plazos y términos en que consta la obligación de las partes al suscribir un acuerdo MASC, sea un mecanismo solamente o un escalonamiento de los mismos.

En el objeto de la cláusula se establecen las obligaciones que las partes contraen de someter sus disputas a MASC escalonados, teniendo el propósito de establecer el compromiso de cumplir lo pactado, por consiguiente, la posibilidad física versa sobre que la obligación de someter conflictos a mediación y después a arbitraje sea de acuerdo a las leyes de la naturaleza, siendo que la posibilidad jurídica consiste en que dicha obligación de acudir a mediación y arbitraje sea reconocida por el derecho subjetivo o las normas jurídicas. Así también se concluyó que las disputas susceptibles de mediación y arbitraje no deben de alterar el orden público ni ir en contra de disposiciones legales expresas.

Del capítulo 9 se resume que de la aplicación del instrumento cualitativo, entrevistas semiestructuradas a expertos en MASC, se elaboró una categorización y codificación de las variables e hipótesis de estudio, a partir de la cual se creó el cuestionario de la entrevista aplicada a 9 expertos en el tema de investigación. Del discurso de los entrevistados se

obtuvieron códigos, mismos que a través del software ATLAS.TI, se cuantificaron para observar la frecuencia y co-ocurrencia de los mismos en los instrumentos aplicados. De dicho análisis se obtuvo como resultado primeramente que el código fundamental y base del instrumento aplicado es “A1.1 Autonomía {21-6}~”, puesto que a partir de dicha autonomía de la voluntad de las partes se crean los actos jurídicos, especialmente cláusulas escalonadas, como lo es la cláusula MED-ARB, e inclusive a partir del citado código se presentan los demás por consecuencia, toda vez que la autonomía de la voluntad se manifiesta a travpes del consentimiento de las partes, y en la misma cláusula se plasma la naturaleza contractual de la obligación que las partes contraen, así como la forma en la que se expresa dicha obligación y el objeto de someter el conflicto a tratar a MASC escalonados.

Es precisamente dicho código el que se presenta con mayor frecuencia de la variable “voluntad de las partes”, en tanto que la variable “naturaleza de la cláusula MED-ARB” el código con mayor presencia es “B2.3 Transmisión de obligaciones”, el cual refiere que existe una transmisión e intercambio de compromisos y obligaciones entre los contratantes que pactan una cláusula MED-ARB. De la variable “forma de la cláusula MED-ARB”, el código con más presencia fue el “C3.3 Lenguaje preciso {76-4}~”, en tanto que en la variable “objeto de la cláusula MED-ARB” el código con mayor frecuencia en los discursos de los entrevistados es “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~”.

El código “B2.3 Transmisión de obligaciones” trata sobre el intercambio de obligaciones entre los contratantes, las cuales según la doctrina consisten en obligaciones naturales y de hacer, mismas que son de cumplimiento forzoso puesto que el acto jurídico de pactar una cláusula escalonada en sí tiene el carácter de ley, por tanto, es obligatorio su cumplimiento para las partes contratantes que siguen el principio general de derecho *pacta sunt servanda*.

Por su parte, el código “C3.3 Lenguaje preciso {76-4}~” indica la importancia del lenguaje y la redacción en una cláusula escalonada, como la MED-ARB, dado que una deficiente redacción puede implicar obstáculos y desventajas procedimentales, como el hecho de que una omisión

en la redacción de la cláusula, o inclusive su imprecisión, pueden llegar a entorpecer el procedimiento y la secuela de escalonamiento de MASC. Resulta necesario también describir cómo se conforman los MASC escalonados, las etapas que los conforman, las obligaciones en que consisten (condición suspensiva, presupuesto procesal, carga procesal o la no obligación de hacer), los tiempos y términos para iniciar y concluir cada MASC, así como la duración y la forma de activación de cada uno de ellos, e incluso es imprescindible establecer la autoridad nominadora, la ley aplicable, el lugar, el idioma y el reglamento de MASC para cada caso, último ordenamiento que en caso de omisión es el que determina todos y cada uno de los aspectos antes citados.

El código “D4.3 Efecto jurídico sometimiento MED-ARB {56-3}~” establece las consecuencias del sometimiento de los conflictos a un procedimiento escalonado como MED-ARB, las cuales consisten en proveer un procedimiento en etapas, empezando con una mediación, la cual si no logra acuerdo alguno, abre paso al arbitraje para que los contratantes puedan solucionar sus disputas, aspectos que provén de seguridad jurídica a los particulares que consideran, quienes en ocasiones consideran que la sola mediación no es suficiente para resolver conflictos, y que un segundo MASC puede dar seguridad de que su conflicto se dirimirá eventualmente como mencionaron los entrevistados. Se trata de tener el conocimiento de tener la cobertura y certeza de la etapa de arbitraje, posterior a la mediación, en caso de que no se solucione la disputa en dicha primera instancia.

Cabe destacar que en el análisis de las entrevistas semiestructuradas se encontraron códigos denominados como hallazgos puesto que no estaban previstos y su creación era relevante para clasificar las respuestas de los entrevistados, entre dichos hallazgos se encuentran: “E5.1 Eficacia de MASC {18-1}~”, “E5.2 Eficacia de MASC escalonados {13-1}~”, “E5.3 Ventajas-uso de los MASC {82-1}~”, “E5.4 Desventajas-desuso de los MASC {56-2}~”, “E5.5 Desconocimiento de MASC {35-3}~”, “E5.6 Deficiente formación de abogados en MASC {9-1}~”, “E5.7 Cláusula patológica {13-1}~”, “E5.8 Sentencias MASC escalonados {9-0}~”, “E5.9 Voluntad como

fundamento de obligación {7-0}~", "E5.10 Orden público {5-0}~", "E5.11 Capacidad {6-0}~". De dichos códigos el más representado fue "E5.3 Ventajas-uso de los MASC {82-1}~" puesto que los sujetos de estudio tratan y repiten los beneficios del uso de MASC para resolver conflictos, mencionan el control que las partes tienen sobre el procedimiento, así como las diversas materias en que los MASC son la manera idónea de solucionar una disputa para mantener la relación contractual a largo plazo. Otros hallazgos relevantes son la capacidad que deben tener las partes para contratar y obligarse, el concepto de cláusula patológica para definir una cláusula deficiente, así como el desconocimiento y la deficiente formación en MASC de los abogados.

Por último, el capítulo 10 de la presente tesis doctoral plasma la aplicación del instrumento análisis de documentos basados en archivos públicos, el cual, al igual que la entrevista semiestructurada, se obtuvo a partir de la categorización y codificación de variables e hipótesis para elaborar un cuestionario aplicable a 15 laudos arbitrales ICC, los cuales contienen los criterios de árbitros respecto a la redacción, aplicación, implementación y ejecución de cláusulas escalonadas. De dicho instrumento se resume que de la variable "voluntad de las partes" los códigos con mayor representación son MANIFEST2", "MANIFEST3", "CONSENT1", "CONSENT2" y "CONSENT3", los cuales determinan que la manifestación de la voluntad de las partes tiende a ser expresa o por escrito y que ésta se encuentra limitada por la naturaleza de la cláusula que es la obligación de someter conflictos a un procedimiento escalonado, en tanto que el consentimiento de la cláusula que nos ocupa versa sobre la aceptación de la totalidad de términos y condiciones por las partes contratantes.

Los códigos con mayor representación de la variable "naturaleza obligatoria de la cláusula escalonada" fueron "CUMPLFORZO2" y "CVINCULANTE1", mismos que refieren que el es exigible el cumplimiento de la cláusula escalonada cuando se expresa la obligación de cumplimentarla en su totalidad, así como cuando las partes consienten expresamente de llevarla a cabo puesto que las cláusulas escalonadas se fundan en el principio de autonomía de

la voluntad de las partes y de acuerdo con el principio pacta sunt servanda y los ordenamientos jurídicos, todo acuerdo entre partes tiene fuerza de ley, y debe cumplirse.

Para la variable “forma de la cláusula escalonada”, los códigos “FORMALIDAD1”, “FORMALIDAD2” y “EXPCLAUSULA1” son representados con mayor frecuencia, los cuales consisten en la determinación de la ley aplicable, lugar, idioma, autoridad nominadora y reglamento aplicable en la cláusula en comento, así como la expresión del carácter del escalón previo de la cláusula, la cual puede ser una condición suspensiva, un presupuesto procesal, una carga procesal o si es escalón no es una obligación a realizar, modalidades que fueron explicadas en capítulos anteriores. Para el código “EXPCLAUSULA1”, se establece que el propio lenguaje delimita el carácter de la obligación a tratar, sea una condición suspensiva sin la cual no se acciona el escalón o etapa subsecuente, un requisito que condicione el derecho de obtener una resolución sobre el fondo como lo es el presupuesto procesal, un acto indispensable para evitar un perjuicio o para obtener un resultado favorable si se tratara de una carga procesal, o si simplemente si no se trata de una obligación a realizar.

En lo concerniente a los códigos representativos de la variable “objeto de la cláusula escalonada”, los que obtuvieron mayor presencia en los laudos estudiados son “INTENCION1”, “INTENCION2”, “INTENCION3”, “METODO2” y “SOLCONFLIC2”, mismos que establecen la intención de las partes contratantes, como lo es la manifestación de su voluntad de gestionar y resolver conflictos a través de la cláusula escalonada, y que dicha cláusula establezca la intención de solucionar las disputas, además de que la cláusula en comento refiera los efectos jurídicos que busca lograr. Así también, los últimos dos códigos determinan si se encuentra o no descrito el método a implementar estableciendo si está presente o no en la redacción de la cláusula la metodología a seguir con los MASC pactados, aunado al señalamiento de si el laudo arbitral de la cláusula escalonada es vinculante para las partes o no.

Retomando los objetivos del presente trabajo, éstos se cumplieron de acuerdo a lo trabajado, elaborado y redactado a lo largo de la tesis doctoral puesto que se fundamenta en teorías,

doctrina, legislación y criterios las variables de investigación, se crean dos instrumentos cualitativos para la comprobación de hipótesis y validación de variables de estudio. Con la información obtenida de la aplicación de instrumentos cualitativos, se procedió a su análisis, comparación e interpretación, con lo cual se puede deducir que las cláusulas escalonadas requieren de una formalidad determinada para su eficacia y ejecución.

Respecto a la hipótesis establecida en el capítulo 1 de la presente tesis doctoral, “Los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos comerciales del Sector Energético Internacional son la voluntad de las partes contratantes, la naturaleza obligatoria, la forma y el objeto de la cláusula MED-ARB”, se puede afirmar con lo anteriormente expuesto en la presente que dicha hipótesis fue aprobada puesto que sus variables son significativas para la eficacia de las cláusulas MED-ARB en contratos del sector energético internacional. Y se concluye a su vez que no solamente se aprueba la hipótesis para las cláusulas MED-ARB en contratos de dicho sector energético, sino que se puede incluso afirmar que la hipótesis se aprueba para las cláusulas escalonadas en general en contratos del sector energético y contratos comerciales puesto que los mismos elementos de las cláusulas MED-ARB son aplicables a las cláusulas escalonadas, además de que dichos elementos son susceptibles de ser aplicados en contratos comerciales y no solamente en el sector energético internacional.

Son elementos fundamentales para la eficacia de las cláusulas escalonadas la voluntad de las partes contratantes, la naturaleza obligatoria, la forma y el objeto de la cláusula MED-ARB. Primeramente, la voluntad de las partes es una variable significativa puesto que, como ya se mencionó, en el capítulo 7 y 9 se comprueba la relevancia de dicho elemento al afirmar que es el núcleo tanto del acto jurídico como de la cláusula escalonada, siendo el punto de partida para que los demás elementos se presenten en la cláusula, es en sí la causa de creación del acto jurídico que constituye el compromiso de someter los conflictos a procedimientos MASC. La naturaleza obligatoria de la cláusula también es una variable significativa puesto que el

compromiso que, con autonomía de la voluntad, están contrayendo los contratantes está revestido de obligatoriedad al estar fundamentado en esa misma voluntad, son las mismas partes quienes al momento de contratar y pactar el sometimiento a MASC están dándole al acuerdo fuerza de ley al establecer las obligaciones que se deberán cumplir. Es una variable significativa también la forma de la cláusula en razón de que sin las formalidades respectivas de las cláusulas escalonadas, no se estaría frente a una cláusula válida, aunado a que la misma forma es un requisito no solamente consuetudinario sino que la misma ley correspondiente exige una formalidad específica, misma que coincide al señalarse que debe ser por escrito y expresa, además de que la misma redacción de la cláusula debe ser clara, precisa y concreta puesto que las palabras de la cláusula son las que vienen a determinar si la misma es de carácter obligatorio o no, y en qué consisten las obligaciones que están contrayendo los contratantes. En cuanto a la variable objeto de la cláusula, ésta también es considerada como significativa dado que el objeto establece el propósito del acto jurídico, el cual debe ser el crear, modificar o extinguir obligaciones, en este caso específico sería la creación de obligaciones al someter las disputas presentes o futuras a MASC en escalonamiento.

Entre las variables se considera que la más representativa es la voluntad de las partes por ser el principio del acto jurídico y por ser el inicio de donde emana tanto la naturaleza obligatoria que caracteriza el acto jurídico, como el objeto de la cláusula que es la creación de obligaciones de cumplir las etapas previstas en la cláusula así como la forma en la que se deben cumplimentar dichos escalones. Es por lo anterior, que se recomiendan diversas propuestas a realizar a partir de la realización de esta tesis doctoral, entre las propuestas teóricas se recomienda la elaboración de trabajos de investigación en la misma línea, especificando que cada una de las variables de estudio son sujetas a ser instrumento de análisis más exhaustivo para determinar con mayor precisión la totalidad de elementos que conforman esas variables, aunado a que la aplicación de instrumentos cuantitativos en dichas líneas de investigación podrán validar mejor la significancia y relevancia de cada una de las variables de estudio en la presente investigación.

Aunado a una línea de investigación en derecho para analizar los elementos en que consisten las presentes 4 variables, se recomienda también la realización de líneas de investigación en los siguientes temas, empezando por el análisis de los proyectos de iniciativa de ley que actualmente se encuentran pendientes de aprobación por el Senado de la República Mexicana; a partir de dicho análisis, proponer mejoras y reformas a los ordenamientos vigentes que regulan los MASC o, en su defecto, proponer una ley a nivel federal que se sitúe jerárquicamente por encima de las leyes MASC de cada estado, que homologue y regule a su vez dichas leyes MASC para contar con un sistema ordenado y jerarquizado en la materia; el análisis de una mayor cantidad de sentencias jurisdiccionales y laudos arbitrales en materia de mecanismos escalonados provenientes de diversos lugares y jurisdicciones; el estudio pormenorizado de los contratos modelo del sector energético que prevén una cláusula escalonada, así como de los contratos que no limitan expresamente ni en su contexto legislativo las cláusulas escalonadas, incluyendo también el análisis sobre la posible modificación de las cláusulas tipo de esos contratos modelo para incluir MASC escalonados; el análisis de los efectos que la mediación y el arbitraje tienen como mecanismo escalonado en la accesibilidad y permisividad de recurrir a la jurisdicción; y se propone también una línea de investigación en el análisis basado de documentos públicos como los laudos de diversas autoridades nominadoras respecto a la implementación y ejecución de la cláusula escalonada, con la posibilidad de estudiar también resoluciones jurisdiccionales en el tema de investigación.

Como propuestas prácticas, se sugieren también acciones en varios contextos y sectores. En el sector educativo, se recomienda la promoción de MASC, procedimientos y cláusulas escalonadas para concientizar a los futuros abogados de estas vertientes de solución de conflictos, abriendo su panorama a nuevas perspectivas de gestión de conflictos, así se propone la actualización de programas académicos para introducir los MASC dentro de los planes educativos universitarios. En el sector gubernamental, se propone la implementación de cursos y programas de difusión de los MASC en los centros de mediación y conciliación

circunscritos al Poder Judicial y a las dependencias de la Administración Pública. Inclusive entre el sector educativo y el sector gubernamental se puede sugerir la celebración de convenios de colaboración en donde no solamente se promuevan los MASC sino que profundice más en el tema y se abarquen los diferentes tipos de MASC, así como los MASC escalonados o en su conjunto. Dentro del sector gubernamental, específicamente en el ámbito energético, se puede plantear además de la promoción de los MASC escalonados, la elaboración e inserción de una cláusula escalonada modelo, como lo es la cláusula MED-ARB, en los contratos modelo emitidos por la Secretaría de Energía, teniendo como base las cláusulas vistas y comparadas en el capítulo 4 de la presente investigación. Por lo que respecta al sector privado, la difusión de los MASC y las cláusulas escalonadas es crucial puesto que actualmente no existe una cultura de apertura a los MASC y, mucho menos, a los procedimientos escalonados, lo cual tiene un impacto negativo en el aspecto económico de las empresas del sector y sus relaciones contractuales. La implementación de un procedimiento MASC escalonado, como el MED-ARB, puede traer beneficios y ventajas relevantes para el sector privado dado que la gestión de disputas se agiliza, los procedimientos se tornan flexibles y adaptables a las partes, hay más control de las partes sobre el proceso, la inversión económica es menor, las relaciones contractuales se mantienen permitiendo que los negocios perduren. En última instancia, se propone que las autoridades nominadoras, como parte del sector privado, también permitan y acerquen los MASC y los MASC escalonados a la población en general, al tener presencia y participación en universidades, empresas y gobierno a través de programas y cursos que en el tema.

13. REFERENCIAS

- Abascal Zamora, J. (2014). En C. Flores Rueda (Ed.), *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*. México, D.F.: Editorial Themis.
- Abascal, J. M. (24 de Marzo de 2015). *Brincando escalones. Sobre las cláusulas escalonadas*. Obtenido de <http://josemariabascal.blogspot.mx/2015/03/brincando-escalonessobre-las-clausulas.html>
- Altobelli, T., Bryson, D., Condliffe, P., Kirschner, S., Alexander, N., & Mills, M. (2000). Aiton Australia Pty Ltd v Transfield Pty Ltd. (L. Boulle, Ed.) *The ADR Bulletin*, 2(8). Obtenido de <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1078&context=adr>
- Álvarez, G. (2006). Hacia un cambio de paradigma cultural en resolución alternativa de disputas. El modelo de la "mediación prejudicial obligatoria, anexa o conectada con tribunales civiles y comerciales en Argentina". Diez años de experiencia. En J. Vargas Viancos, & F. Gorjón Gómez (Edits.), *Arbitraje y mediación en las Américas* (págs. 29-37). Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA.
- American Arbitration Association. (1 de octubre de 2013). *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*. Recuperado el 19 de septiembre de 2016, de https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_004103&revision=latestreleased
- American Arbitration Association. (2013). *Drafting Dispute Resolution Clauses. A Practical Guide*. Recuperado el 19 de septiembre de 2016, de https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_002540
- American Arbitration Association. (1 de junio de 2014). *International Dispute Resolution Procedures. Including Mediation and Arbitration Rules*. Recuperado el 29 de mayo de 2017, de https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR%20Rules_0.pdf
- American Arbitration Association. (1 de julio de 2016). *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*. Recuperado el 18 de mayo de 2017, de <https://www.adr.org/sites/default/files/Commercial%20Rules.pdf>

American Arbitration Association. (1 de julio de 2016). *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures. Administrative Fee Schedule*. Recuperado el 26 de mayo de 2017, de

<https://www.adr.org/sites/default/files/Commercial%20Fee%20Schedule.pdf>

American Arbitration Association. (1 de julio de 2016). *International Arbitration Fee Schedule*. Recuperado el 29 de mayo de 2017, de

<https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR%20Fee%20Schedule.pdf>

American Arbitration Association. (s.f.). *About the American Arbitration Association (AAA) and the International Centre for Dispute Resolution (ICDR)*. Recuperado el 25 de octubre de 2016, de

https://www.adr.org/aaa/faces/s/about?_afLoop=60443714720609&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#%40%3F_afWindowId%3Dnull%26_afLoop%3D60443714720609%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D1bye3zsip6_45

American Arbitration Association. (s.f.). *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures (Including Procedures for Large, Complex Commercial Disputes)*. Obtenido de

https://www.adr.org/aaa/faces/rules/searchrules/rulesdetail?_afWindowId=31u4mqoe_110&_afLoop=239703824467859&doc=ADRSTG_004130&_afWindowMode=0&_adf.ctrl-state=rivevok6b_94#%40%3F_afWindowId%3D31u4mqoe_110%26_afLoop%3D239703824467859%26doc%3DADRSTG_

American Arbitration Association. (s.f.). *Dispute Resolution Services. Global Scope*. Recuperado el 25 de octubre de 2016, de

https://www.adr.org/aaa/faces/services/disputeresolutionservices?_afLoop=60502503066102&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#%40%3F_afWindowId%3Dnull%26_afLoop%3D60502503066102%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D1bye3zsip6_74

American Arbitration Association. (s.f.). *Energy*. Recuperado el 12 de noviembre de 2016, de https://www.adr.org/aaa/faces/aoe/commercial/energy?_afLoop=1535554973744569&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#%40%3F_afWindowId%3Dnull%26_afLoop%3D1535554973744569%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D3h3hwtt12_77

American Arbitration Association. (s.f.). *Energy arbitration cases and statistics*. Recuperado el 12 de noviembre de 2016, de https://www.adr.org/aaa/faces/aoe/commercial/energy?_afLoop=1535554973744569&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#%40%3F_afWindowId%3Dnull%26_afLoop%3D1535554973744569%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D3h3hwtt12_77

Arcagni, J. C. (1994). Contratación internacional. En R. S. Stiglitz (Ed.), *Contratos. Teoría general I*. Argentina: Ediciones Depalma.

Arce Gargollo, J. (2010). *Contratos mercantiles atípicos* (Décimo cuarta ed.). México, D.F.: Porrúa.

Arévalo Reyes, H. D. (2012). *Arbitraje. Arbitramiento en derecho, en equidad, técnico, legal, institucional e independiente o ad hoc, el pacto arbitral, proecdimiento, minutas y modelos*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Arnaldez, J.-J., Derains, Y., & Hascher, D. (1997). *Collection of ICC Arbitral Awards* (Vols. 1991-1995). The Netherlands: Kluwer Law International.

Arnaldez, J.-J., Derains, Y., & Hascher, D. (2003). *Collection of ICC Arbitral Awards* (Vols. 1996-2000). The Netherlands: Kluwer Law International.

Asociación Europea de Arbitraje. (7 de marzo de 2012). *Reglamento de Mediación*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de <http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/Es/images/documentacion/ReglamentoMediacionbaja.pdf>

Asociación Europea de Arbitraje. (s.f.). *Arbitraje por sectores*. Recuperado el 24 de abril de 2017,

<http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/Es/index.php/es/arbitraje/2015-04-21-15-12-00>

Asociación Europea de Arbitraje. (s.f.). *Cláusula arbitral*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de <http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/Es/index.php/es/arbitraje/clausula-arbitral>

Asociación Europea de Arbitraje. (s.f.). *Mediación*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de <http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/Es/index.php/es/2015-04-21-13-20-29/2015-04-21-13-34-42/mediacion>

Asociación Europea de Arbitraje. (s.f.). *Quiénes somos*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de <http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/Es/index.php/es/2015-04-21-13-20-29/quienes-somos>

Asociación Europea de Arbitraje. (s.f.). *Reglamentp Arbitraje*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de <http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/Es/index.php/es/arbitraje/reglamento-aeade>

Asociación Europea de Arbitraje. (s.f.). *Reglamento Asociación Europea de Arbitraje*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de <http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/Es/images/documentacion/ReglamentoAEADE.pdf>

Azar Manzur, C. (2003). *Breviarios jurídicos. Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*. México, D.F.: Porrúa.

Azar Manzur, C. (2014). En C. Flores Rueda (Ed.), *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*. México, D.F.: Editorial Themis.

Bañuelos Rizo, V. (2010). *Arbitraje comercial internacional*. México, D.F.: Editorial Limusa, S.A. DE C.V.

Barona Vilar, S. (2007). Capítulo I. Arbitraje en España: A la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia. En S. Barona Vilar (Ed.), *Arbitraje y justicia en el siglo XXI* (págs. 25-58). Navarra: Aranzadi, S.A.

- Barrientos del Monte, F., & Añorve Añorve, D. (2014). México 2013: Acuerdos, reformas y descontento. *Revista de Ciencia Política*, 34(1), 221-247.
- Bejarano Sánchez, M. (2010). *Obligaciones civiles* (Sexta ed.). México, D.F.: Oxford University Press México, S.A. de C.V.
- Bello Janeiro, D. (2010). Conflictos transfronterizos y arbitraje internacional. En L. García Villaluenga (Ed.), *Mediación arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* (Vol. Tomo II Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos, págs. 29-47). Madrid: Editorial Reus.
- Bernal Gutiérrez, R., Espinosa Barrero, L., Gaitán Rodríguez, I. V., González Arrieta, F., Hasbun Abudinen, S., Martínez Espinoza, M., . . . Torres Martínez, A. (2012). Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia. *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 5(1), 169-203.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (29 de septiembre de 2004). *Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=230697&buscar=Ley+19971>
- Boletín Oficial del Estado. (27 de septiembre de 2011). Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978. (311), 1-37. Recuperado el 5 de marzo de 2017, de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>
- Boletín Oficial del Estado. (21 de mayo de 2011). Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. 1-8. (121, Trad.) Recuperado el 5 de marzo de 2017, de <https://www.boe.es/boe/dias/2011/05/21/pdfs/BOE-A-2011-8847.pdf>
- Boletín Oficial del Estado. (27 de diciembre de 2013). *Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Recuperado el 31 de octubre de 2016

- Boletín Oficial del Estado. (6 de octubre de 2015). Código Civil de España de 24 de julio de 1889. (206), 1-265. Recuperado el 20 de febrero de 2017, de <https://boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>
- Boletín Oficial del Estado. (31 de julio de 2015). Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. (162), 1-18. Madrid, España. Recuperado el 25 de septiembre de 2016, de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-9112-consolidado.pdf>
- Boletín Oficial del Estado. (2 de octubre de 2015). Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. (90), 1-31. Recuperado el 5 de marzo de 2017, de <https://boe.es/buscar/pdf/1997/BOE-A-1997-7878-consolidado.pdf>
- Boletín Oficial del Estado. (6 de octubre de 2015). Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. (309), 1-23. Madrid, España. Recuperado el 5 de marzo de 2017, de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>
- Brea Pallares, A. (2010). Capítulo III: La mediación en Europa. En E. Souto Galván (Ed.). Madrid: Dykinson, S.L.
- Brewer, T., & Mills, L. (1999). Combining mediation & arbitration. *Dispute Resolution Journal*, 54(4), 32-39.
- British and Irish Legal Information Institute. (11 de octubre de 2002). *England and Wales High Court (Commercial Court) Decisions*. Recuperado el 12 de noviembre de 2016, de Cable & Wireless Plc and IBM United Kingdom Ltd: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2002/2059.html>
- Bryan, K., & Tavares Erickson, H. (2008). Business arbitration can and should be improved in the United States. *Dispute Resolution Magazine*, 14(3-4), 21+.
- Cámara de Comercio Internacional ICC. (marzo de 2017). *Reglamento de Arbitraje. Reglamento de Mediación*. Recuperado el 18 de mayo de 2017, de <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version..pdf>

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (13 de mayo de 2016). *Ley Federal de Protección al Consumidor*. Recuperado el 12 de noviembre de 2016, de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/113_130516.pdf

Cea D'Ancona, M. (2001). *Metodología cuantitativa: estrategias y técnicas de investigación social*. Madrid, España: Síntesis.

Centre for Effective Dispute Resolution. (17 de octubre de 2002). *Cable & Wireless v IBM: Court enforces contractual commitment to mediate*. Recuperado el 12 de noviembre de 2016, de <https://www.cedr.com/news/?item=Cable-Wireless-v-IBM-Court-enforces-contractual-commitment-to-mediate>

Centre for Effective Dispute Resolution. (2015). *Model ADR Clauses for Commercial Contracts. 2016 Edition*. Recuperado el 19 de septiembre de 2016, de https://www.cedr.com/about_us/modeldocs/

Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, A.C. (s.f.). *Cláusulas Modelo*. Obtenido de <http://www.caic.com.mx/reglamento/Clausulas.pdf>

Centro de Arbitraje de México. (s.f.). *Arancel para el cálculo de los gastos del arbitraje*. Recuperado el 01 de diciembre de 2016, de <http://www.camex.com.mx/images/html/arancel-tabla2011.htm>

Centro de Arbitraje de México. (s.f.). *Otros servicios*. Recuperado el 25 de octubre de 2016, de <http://www.camex.com.mx/index.php/nuestros-servicios/otros-servicios>

Centro de Arbitraje de México. (s.f.). *Reglas de Arbitraje del CAM*. Recuperado el 25 de octubre de 2016, de <http://www.camex.com.mx/index.php/arbitraje-cam/reglas-de-arbitraje-del-cam>

Centro de Arbitraje de México. (s.f.). *Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México*. Recuperado el 01 de diciembre de 2016, de <http://www.camex.com.mx/images/pdf/reglas%20de%20arbitraje%20del%20cam%20adoptadas%20por%20arias%20mexico.pdf>

Centro de Arbitraje de México. (s.f.). *Sobre el CAM*. Recuperado el 25 de octubre de 2016, de <http://www.camex.com.mx/index.php/sobre-el-cam/origen-y-mision>

Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. (s.f.). *¿Quiénes somos? La institución*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de http://www.camsantiago.cl/quienes_somos.html

Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. (1 de noviembre de 2000). *Reglamento Procesal de Mediación*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de http://www.camsantiago.cl/reglamento_mediacion.html

Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. (1 de noviembre de 2000). *Reglamento Procesal de Mediación*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de http://www.camsantiago.cl/files/reglamento_mediacion.pdf

Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. (1 de junio de 2006). *Reglamento Arbitraje Internacional*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de http://www.camsantiago.cl/reglamento_arbitraje_internacional.html

Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. (1 de junio de 2006). *Reglamento Arbitraje Internacional*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de http://www.camsantiago.cl/files/reglamento_arbitraje_internacional.pdf

Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. (1 de diciembre de 2012). *Reglamento Procesal de Arbitraje*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de http://www.camsantiago.cl/reglamento_arbitraje_nacional.html

Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. (1 de diciembre de 2012). *Reglamento Procesal de Arbitraje*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de http://www.camsantiago.cl/files/reglamento_arbitraje_nacional.pdf

Centro de Mediación y Arbitraje CANACO. (s.f.). *Actividades*. Recuperado el 25 de octubre de 2016, de <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/Arbitraje/New/contenido.php?id=4&con=contenido>

Centro de Mediación y Arbitraje CANACO. (s.f.). *Historia*. Recuperado el 25 de octubre de 2016, de

<http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/Arbitraje/New/contenido.php?id=1&con=contenido>

Centro de Mediación y Arbitraje CANACO. (s.f.). *International Centre for Dispute Resolution (ICDR)*. Recuperado el 25 de octubre de 2016, de <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/Arbitraje/New/contenido.php?id=47&con=contenido>

Centro de Mediación y Arbitraje CANACO. (s.f.). *Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México*. Recuperado el 01 de diciembre de 2016, de <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/Arbitraje/New/contenido.php?id=25&con=contenido>

Centro de Mediación y Arbitraje CANACO. (s.f.). *Reglamento Mediación Canaco*. Recuperado el 01 de diciembre de 2016, de <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/Arbitraje/New/contenido.php?id=17&con=contenido>

China Academy of Arbitration Law. (2014). *Annual Report on International Commercial Arbitration in China*. Recuperado el 5 de noviembre de 2016, de <http://www.cietac.org/Uploads/201610/57fc0d50a1742.pdf>

Cobas Cobiella, M. E. (2015). Resolución extrajudicial de conflictos en la era de la modernización. En V. Pardo Iranzo (Ed.), *La mediación: algunas cuestiones de actualidad* (págs. 17-45). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Coltri, L. S. (2010). *Alternative dispute resolution. A conflict diagnosis approach*. (Segunda ed.). Boston: Prentice Hall.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2002). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización 2002. Viena, Austria. Recuperado el 19 de abril de 2015, de http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf

Consejo de Administración de la Comisión Federal de Electricidad. (21 de junio de 2016). *Sesión 12 Extraordinaria 21 de junio de 2016*. Recuperado el 10 de febrero de 2017, de Acuerdo CA-035/2016: <http://www.cfe.gob.mx/consejo/Style%20Library/assets/pdf/CA/Acuerdos/AdosCA210616.pdf>

Consejo de Administración de la Comisión Federal de Electricidad. (21 de junio de 2016). *Sesión 12 Extraordinaria Numerando CA-035 al CA-042/2016*. Recuperado el 25 de septiembre de 2016, de <http://www.cfe.gob.mx/consejo/Style%20Library/assets/pdf/CA/Acuerdos/AdosCA210616.pdf>

Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos. (10 de junio de 2016). *Sesión 908 Extraordinaria*. Recuperado el 10 de febrero de 2017, de Acuerdo CA-053/2016: http://www.pemex.com/acerca/gobierno-corporativo/consejo/Documents/acuerdos_2016/sesion_908_ext.pdf

Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos. (10 de junio de 2016). *Sesión 908 Extraordinaria Numerando CA-053 al CA-067/2016*. Recuperado el 25 de septiembre de 2016, de http://www.pemex.com/acerca/gobierno-corporativo/consejo/Documents/acuerdos_2016/sesion_908_ext.pdf

Corbetta, P. (2007). *Metodología y técnicas de investigación social*. Madrid, España: McGraw Hill.

Corte de Arbitraje de Madrid. (1 de marzo de 2015). *Estatutos y Reglamento*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de http://www.arbitramadrid.com/c/document_library/get_file?uuid=463a6824-f4df-49e7-a2af-8f4f5ec4e9f9&groupId=10136

Corte de Arbitraje de Madrid. (1 de marzo de 2015). *Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de http://www.arbitramadrid.com/web/corte/reglamento_corte

- Corte de Arbitraje de Madrid. (s.f.). *Normativa arbitral. Normativa internacional*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de <http://www.arbitramadrid.com/web/corte/normativa-internacional>
- Corte de Arbitraje de Madrid. (s.f.). *Quiénes somos. Descripción de la Corte*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de <http://www.arbitramadrid.com/web/corte/descripcion>
- Corte Española de Arbitraje. (s.f.). *¿Quiénes somos?* Recuperado el 24 de abril de 2017, de http://corteespanolaarbitraje.es/?page_id=3539
- Corte Española de Arbitraje. (15 de marzo de 2011). *Reglamento de la Corte Española de Arbitraje*. Recuperado el 29 de mayo de 2017, de <http://corteespanolaarbitraje.es/wp-content/uploads/2014/05/reglamento-corte-espanola-de-arbitraje-en-vigor-desde-el-15-03-2011.pdf>
- Corte Española de Arbitraje. (2016). *Aranceles*. Recuperado el 30 de mayo de 2017, de http://corteespanolaarbitraje.es/?page_id=4577
- Corte Española de Arbitraje. (s.f.). *Reglamento de la Corte Española de Arbitraje*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de <http://corteespanolaarbitraje.es/wp-content/uploads/2014/06/Reglamento-Corte-Espa%C3%B1ola-de-Arbitraje.pdf>
- Cremades Sanz-Pastor, J. A. (2014). *El arbitraje de derecho privado en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Cruz Miramontes, R., & Cruz Barney, Ó. (2004). *El arbitraje*. México, D.F.: Porrúa.
- De Castilla del Valle, E. G. (2004). Fuentes del derecho arbitral. En S. Gómez Ruano, & C. Azar Manzur (Edits.), *Manual de arbitraje comercial*. México, D.F.: Porrúa.
- De Pina, R., & De Pina Vara, R. (2013). *Diccionario de Derecho* (Trigésima Séptima Edición ed.). México: Editorial Porrúa.
- De Solas Rafecas, J. M. (2003). El principio de la autonomía de la voluntad en la contratación privada y el de la libertad de pactos en la administrativa. En *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo* (Vols. Tomo II Derecho civil, Derecho de obligaciones, págs. 3075-3095). Madrid: Civitas.

Diario Oficial de la Federación. (18 de junio de 2008). *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Recuperado el 25 de septiembre de 2016, de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008

Diario Oficial de la Federación. (11 de agosto de 2014). *Decreto por el que se expide la Ley de Hidrocarburos y se reforman diversas disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera; Ley Minera, y Ley de Asociaciones Público Privadas*. Recuperado el 25 de septiembre de 2016, de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5355989&fecha=11/08/2014

Diario Oficial de la Federación. (29 de diciembre de 2014). *Ley nacional de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal*. Recuperado el 25 de septiembre de 2016, de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5377563&fecha=29/12/2014

Diario Oficial de la Federación. (8 de septiembre de 2015). *Acuerdo por el que la Secretaría de Energía emite las Bases del Mercado Eléctrico. (Continúa de la Cuarta Sección)*. Recuperado el 14 de febrero de 2017, de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5407717&fecha=08/09/2015

Diario Oficial de la Federación. (8 de septiembre de 2015). *Acuerdo por el que la Secretaría de Energía emite las Bases del Mercado Eléctrico. (Continúa en la Quinta Sección)*. Recuperado el 10 de febrero de 2017, de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5407715&fecha=08/09/2015

Diario Oficial de la Federación. (8 de septiembre de 2015). *Acuerdo por el que la Secretaría de Energía emite las Bases del Mercado Eléctrico. (Continúa en la Quinta Sección)*. Recuperado el 14 de febrero de 2017, de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5407715&fecha=08/09/2015

Diario Oficial de la Federación. (10 de junio de 2015). *Disposiciones generales de contratación para Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias*. Recuperado el 14

de febrero de 2017, de
http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5396102&fecha=10/06/2015
 Diario Oficial de la Federación. (12 de junio de 2015). *Lineamientos que regulan el proceso de mediación sobre el uso y ocupación superficial en materia de hidrocarburos*. Recuperado el 9 de febrero de 2017, de
http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5396528&fecha=12/06/2015
 Diario Oficial de la Federación. (16 de marzo de 2016). *Acuerdo por el que se emite el Manual de Solución de Controversias*. Recuperado el 14 de febrero de 2017, de
http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5430145&fecha=16/03/2016
 Diario Oficial de la Federación. (2 de junio de 2016). *Acuerdo por el que se emiten los lineamientos y modelos de contratos para el uso, goce, afectación o, en su caso, adquisición de los terrenos, bienes o derechos para realizar las actividades de la exploración y extracción de hidrocarburos y ...* Recuperado el 14 de febrero de 2017, de
http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5439693&fecha=02/06/2016
 Diario Oficial de la Federación. (28 de julio de 2016). *Criterios generales para emitir opinión en materia de responsabilidades a efecto de determinar o no la procedencia para llevar a cabo los medios alternativos de solución de controversias, así como establecer los supuestos en los que puede actualizarse...* Recuperado el 10 de febrero de 2017, de
http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5446024&fecha=28/07/2016
 Diario Oficial de la Federación. (29 de abril de 2016). *Decreto por el que se establecen las acciones administrativas que deberá implementar la Administración Pública Federal para llevar a cabo la conciliación o la celebración de convenios o acuerdos previstos en las leyes respectivas como medios alternativos*. Recuperado el 10 de febrero de 2017, de
http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5435464&fecha=29/04/2016
 Diario Oficial de la Federación. (3 de febrero de 2016). *Resolución por la que la Comisión Reguladora de Energía expide el modelo de contrato de interconexión legado para permisionario de exportación de energía eléctrica, a través de una central eléctrica*

- ubicada en el territorio nacional*. Recuperado el 14 de febrero de 2017, de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5424297&fecha=03/02/2016
- Diario Oficial de la Unión Europea. (24 de mayo de 2008). *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Recuperado el 31 de octubre de 2016, de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-europea/Directiva-2008-52-CE-del-Parlamento-Europeo-y-del-Consejo-de-21-de-mayo-de-2008-sobre-ciertos-aspectos-de-la-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles>
- Domínguez Martínez, J. A. (2000). *Teoría del contrato. Contratos en particular*. México, D.F.: Porrúa.
- Enciclopedia Jurídica Mexicana* (Segunda ed., Vol. II). (2004). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa.
- Enciclopedia Jurídica Mexicana* (Segunda ed., Vol. V). (2004). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa.
- Estavillo Castro, F. (Enero de 2009). Mecanismos alternativos de solución de controversias. *ICC México PAUTA Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*(58), 65-93.
- EUR-Lex Access to European Union Law. (s.f.). *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*. Recuperado el 31 de octubre de 2016, de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52002DC0196>
- Figueroa Díaz, L., Magaña Hernández, D., & Tomás, A. (2012). El enfoque de la justicia y los medios alternativos de solución de conflictos: un cambio de paradigma en el sistema de justicia mexicano. *Fuentes Humanísticas*, 44, 27-40.
- Figueroa Díaz, L., Magaña Hernández, D., & Tomás, A. (2012). El enfoque de la justicia y los medios alternativos de solución de conflictos: un cambio de paradigma en el sistema de justicia mexicano. *Fuentes Humanísticas*, 44, 27-40.

- Findlaw for legal professionals. (s.f.). *HIM Portland LLC v. Devito Builders INC*. Recuperado el 11 de noviembre de 2016, de <http://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1361817.html>
- Flores Patiño, A. (2014). En C. Flores Rueda (Ed.), *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*. México, D.F.: Editorial Themis.
- Flores Rueda, C. (2014). *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*. (C. Flores Rueda, Ed.) México, D.F.: Editorial Themis.
- Flores Rueda, C., & J. McCadden, C. (octubre de 2007). Técnicas para controlar el tiempo y los costos en los procedimientos arbitrales. Un reporte de la Comisión de Arbitraje de la CCI. (C. Von Wobeser, Ed.) *ICC México PAUTA Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*(54), 67-83. Recuperado el 12 de noviembre de 2016
- Fosbrook, D., & Laing, A. C. (2010). *The A-Z of contract clauses* (Quinta ed.). Londres: Sweet & Maxwell.
- Francisco, D. M. (2011). Forma, efectos y control del convenio arbitral en España y en Bolivia: un análisis comparativo elemental. *Anuario de Justicia Alternativa*(11), 103-137.
- Friedland, P. D. (2007). *Arbitration clauses for international contracts* (Second edition ed.). Huntington, New York, USA: Juris Publishing, Inc.
- Fullerton, R. (2010). MED-ARB AND ITS VARIANTS: Ethical Issues for Parties and Neutrals. *Dispute Resolution Journal*, 65(2/3), 52-154.
- Galindo Garfias, I. (1996). *Teoría General de los Contratos*. México, D.F.: Porrúa.
- García Carvajal, E. C. (2009). Contexto nacional de los métodos alternos para la solución de conflictos. En F. J. Gorjón Gómez, J. G. Steele Garza, & R. Cardoza Moyron, *Mediación y arbitraje. Leyes comentadas y concordadas del Estado de Nuevo León*. (págs. 39-50). México, D.F.: Editorial Porrúa.
- García-Amigo, M. (1969). *Condiciones generales de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

- García-Pita y Lastres, J. L. (2010). Capítulo 10: El arbitraje comercial. En J. L. García-Pita y Lastres, *Derecho mercantil de obligaciones* (Vol. Tomo II, págs. 1377-1574). Barcelona: Bosch.
- Gobierno Constitucional del Estado Libre y Soberano de Nuevo León. (30 de enero de 2017). *Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León*. Recuperado el 20 de febrero de 2017, de http://sgi.nl.gob.mx/Transparencia_2015/Archivos/AC_0001_0007_00160858_000001.pdf
- Gómez Ruano, S. (2015). Arbitraje en el sector energético. El caso de petróleos mexicanos. En G. Uribarri Carpintero (Ed.), *Justicia Alternativa. Estudios de arbitraje y mediación*. México, D.F.: Porrúa.
- González de Cossío, F. (Mayo de 2007). Las costas en el arbitraje, ¿Una zanahoria o un palo? *ICC México PAUTA Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*(53), 11-14. Recuperado el 04 de noviembre de 2016
- González de Cossío, F. (mayo de 2007). Las costas en el arbitraje, ¿Una zanahoria o un palo? ?, *ICC México PAUTA Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, 11-14.
- González de Cossío, F. (2014). *Arbitraje* (Cuarta ed.). México, D.F.: Porrúa.
- González-Cuéllar Serrano, N., & Penín Alegre, M. (2010). Mediación: una aproximación desde el derecho y la psicología. En N. González-Cuéllar Serrano, Á. M. Sanz Hermida, & J. C. Ortiz Pradillo (Edits.), *Mediación: un método ? conflictos* (págs. 7-20). Madrid: Constitución y Leyes, S.A.
- Gonzalo Quiroga, M. (2011). Métodos alternos: una justicia más progresista y universalizada. En M. Gonzalo Quiroga, & F. Gorjón Gómez (Edits.), *Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia* (págs. 41-65). Madrid: Dykinson S.L.
- Gonzalo Quiroga, M., & Barriga Villavicencio, K. (2016). El acuerdo de confidencialidad en el arbitraje. En A. Sánchez García, & P. López Peláez (Edits.), *Tipología contractual de los*

- mecanismos alternativos de solución de conflictos*. (págs. 113-137). Navarra: Aranzadi, S.A.
- Gorjón Gómez, F. J. (2015). La instrumentalización de la cientificidad de la mediación y de los métodos alternos de solución de conflictos. En F. Gorjón, & J. Pesqueira (Edits.), *La ciencia de la mediación*. México, D.F.: Tirant Lo Blanch.
- Gorjón Gómez, F. J. (Julio de 2015). Teoría de la Impetración de la justicia. Por la necesaria ciudadanización de la justicia y la paz. *Comunitania Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*(10), 113-131. Recuperado el 4 de enero de 2018, de <http://www.comunitania.com/numeros/numero-10/francisco-javier-gorjon-teoria-de-la-impetracion-de-la-justicia-por-la-necesaria-ciudadanizacion-de-la-justicia-y-la-paz.pdf>
- Gorjón Gómez, F. J. (Julio de 2016). Mediación, ciencia social emergente. *Comunitania Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*(12), 9-25. Recuperado el 4 de enero de 2018, de <http://www.comunitania.com/numeros/numero-12/francisco-javier-gorjon-gomez-mediacion-ciencia-social-emergente.pdf>
- Gorjón Gómez, F. J., & Adame, M. (Septiembre-marzo de 2015). Cláusulas MED/ARB, sistema de aseguramiento de la ciudadanización de la justicia. (U. d. Guadalajara, Ed.) *Letras jurídicas. Revista electrónica de derecho del Centro Universitario de la Ciénega*(21), 1-27. Obtenido de file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/12%20gorjon%20uanl%20(1).pdf
- Gorjón Gómez, F. J., & Sánchez García, A. (2016). *Vademécum de mediación y arbitraje*. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch.
- Gorjón Gómez, F. J., & Steele Garza, J. G. (2012). *Métodos alternativos de solución de conflictos*. (Segunda ed.). México, D.F.: Oxford University Press, S.A. DE C.V.
- Gorjón Gómez, G. d. (2015). Mediación: el paradigma jurídico del siglo XXI. En P. A. Cabello Tijerina (Ed.), *La multidisciplinariedad de la mediación y sus ámbitos de aplicación*. México, .D.F.: Tirant Lo Blanch.

- Graham, J. A. (2009). Generalidades del arbitraje y el acuerdo arbitral. En F. G. Gorjón Gómez, J. G. Steele Garza, & R. Cardoza Moyron, *Mediación y arbitraje. Leyes comentadas y concordadas del Estado de Nuevo León*. (págs. 165-174). México, D.F.: Editorial Porrúa.
- Gu, W. (2014). The delicate art of med-arb and its future institutionalisation in China. *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 31(2), 97-126.
- H. Congreso de la Unión. (24 de diciembre de 2013). *Código Civil Federal del 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928*. Recuperado el 20 de febrero de 2017, de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf
- H. Congreso de la Unión. (11 de agosto de 2014). *Ley de Hidrocarburos*. Recuperado el 6 de febrero de 2017, de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LHidro_151116.pdf
- H. Congreso de la Unión. (11 de agosto de 2014). *Ley de la Comisión Federal de Electricidad*. Recuperado el 7 de febrero de 2017, de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LCFE_110814.pdf
- H. Congreso de la Unión. (11 de agosto de 2014). *Ley de la Industria Eléctrica*. Recuperado el 6 de febrero de 2017, de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIElec_110814.pdf
- H. Congreso de la Unión. (11 de agosto de 2014). *Ley de Petróleos Mexicanos*. Recuperado el 6 de febrero de 2017, de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPM_110814.pdf
- H. Congreso de la Unión. (25 de enero de 2017). *Código de Comercio del 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889*. Recuperado el 30 de enero de 2017, de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_250117.pdf
- H. Congreso del Estado de Nuevo León. (14 de enero de 2005). *Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos*. Recuperado el 16 de noviembre de 2016, de http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/LEY%20DE%20METODOS%20ALTERNOS.pdf

- H. Congreso del Estado de Nuevo León. (14 de octubre de 2016). *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León*. Recuperado el 16 de noviembre de 2016, de http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20ESTADO%20LIBRE%20Y%20SOBERANO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf
- H. Congreso del Estado de Nuevo León. (13 de enero de 2017). *Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León*. Recuperado el 5 de marzo de 2017, de http://sgi.nl.gob.mx/Transparencia_2015/Archivos/AC_0001_0007_00160858_000001.pdf
- Helmlinger Casanova, K., & Cruz Tamburrino, J. (2006). Evolución de la resolución alternativa de controversias civiles y comerciales en Chile. En J. E. Vargas Viancos, & F. J. Gorjón Gómez (Edits.), *Arbitraje y mediación en las Américas*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA.
- Hernández Sampieri, R., Fernández-Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la investigación*. (Cuarta ed.). México, D.F.: McGraw Hill/Interamericana Editores, S.A. de C.V.
- Instituto Mexicano de Arbitraje. (2015). *Legislación mexicana de arbitraje comercial comentada*. México, D.F.: Porrúa.
- International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association. (11 de noviembre de 2011). *Guide to Drafting International Dispute Resolution Clauses*. Recuperado el 19 de septiembre de 2016, de https://www.icdr.org/icdr/ShowPDF?doc=ADRSTG_002539
- International Chamber of Commerce. (1 de enero de 2014). *Cláusulas de Mediación de la CCI*. Recuperado el 5 de noviembre de 2016, de http://www.iccdri.com/itemContent.aspx?XSL=arbSingle.xsl&XML=\RULES\RULE_CLAUSE_0012.xml&TOC=Itoc_RulesMediationClauses.xml&LANG=ES&CONTENTTYPE=RULES&TITLE=Clauses&RULES_SECTION=Mediation&LOC=3#SPANISH

- International Chamber of Commerce ICC. (1 de enero de 2014). *Mediation Rules*. Recuperado el 19 de mayo de 2017, de <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/#Appendix>
- International Chamber of Commerce ICC. (2017). *Arbitration Rules*. Recuperado el 18 de mayo de 2017, de <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>
- International Chamber of Commerce ICC. (febrero de 2017). *Arbitration Rules. Mediation Rules*. Recuperado el 18 de mayo de 2017, de <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-English-version.pdf>
- International Chamber of Commerce ICC. (2017). *Cost Calculator*. Recuperado el 19 de mayo de 2017, de <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/costs-and-payments/cost-calculator/>
- International Chamber of Commerce. (s.f.). *Suggested Clauses for ICC Mediation*. Recuperado el 19 de septiembre de 2016, de <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/suggested-clauses/>
- International Chamber of Commerce. (s.f.). *The merchants of peace*. Recuperado el 25 de octubre de 2016, de <http://www.iccwbo.org/about-icc/history/the-merchants-of-peace/>
- International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR). (s.f.). *Administered Arbitration Model Clauses*. Recuperado el 19 de septiembre de 2016, de <https://www.cpradr.org/RulesCaseServices/CPRModelClauses/ArbitrationModelClauses/AdministeredArbitration.aspx>
- Irra de la Cruz, R., & Ibarra Chávez, L. (Agosto de 2015). Cláusulas escalonadas: ¿Qué tan obligatorio es el pacto de mediación previa? *ICC México PAUTA Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.*(75), 29-44. Obtenido de http://www.irra.com.mx/general/files/publicaciones/Clausulas_escalonadas_-_ICC_Pauta_75.pdf

- Jarvin, S., Derains, Y., & Arnaldez, J.-J. (1994). *Collection of ICC Arbitral Awards* (Vols. 1986-1990). The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- Jiménez Figueres, D. (2003). Multi-tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 14(1), 71-88. Obtenido de <http://djarbitraje.com/pdf/487MultiTiered%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20in%20ICC%20Arbitration%20intro%20and%20comment.pdf>
- Journal officiel de l'Union européenne. (24 de mai de 2008). *Directive 2008/52/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*. Recuperado el 31 de octubre de 2016, de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Fr:PDF>
- JSA et Associés. (10 de julio de 2014). *Procédures. La clause de règlement amiable ne constitue pas une fin de non recevoir s'imposant au juge*. Recuperado el 12 de noviembre de 2016, de <http://www.jsa-avocats.fr/la-clause-de-reglement-amiable-ne-constitue-pas-une-fin-de-non-recevoir-simposant-au-juge-2/>
- Katz, L. V. (2008). Getting to the table, kicking and screaming: Drafting an enforceable mediation provision. *Alternatives to the high cost of litigation (1549-4373)*, 26(10), 183-186. doi:10.1002/alt.20250
- Kayali, D. (2010). Enforceability of multi-tiered dispute resolution clauses. *Journal of International Arbitration*, 27(6), 551-577.
- Leal Espinoza, J. L. (2015). Marco normativo y efectos de los controles de constitucionalidad: la mediación como una solución complementaria a la administración de justicia. En P. A. Cabello Tijerina (Ed.), *La multidisciplinariedad de la mediación y sus ámbitos de aplicación*. México, D.F.: Tirant Lo Blanch.
- Legifrance Le service public de la diffusion du droit. (29 de abril de 2014). *Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 29 avril 2014, 12-27.004, Publié au bulletin*. Recuperado el 12 de noviembre de 2016, de <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028894893&fastReqId=636603905&fastPos=1>

Legifrance Le service public de la diffusion du droit. (s.f.). *Code de procédure civile*. Recuperado el 12 de noviembre de 2016, de https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=B93FD1F18E5CF5CFFABDE4346A5FD724.tpdila22v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006135868&cidTexte=LEGITEXT00006070716&dateTexte=20161112

León Tovar, S. H. (2004). *Contratos mercantiles*. México, D.F.: Oxford University Press.

Llopis-Llombart, M. (2010). Capítulo VI: La declinatoria. En *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria* (págs. 168-202). Madrid: Civitas.

London Court of International Arbitration. (s.f.). *Introduction*. Recuperado el 25 de octubre de 2016, de <http://www.lcia.org/LCIA/introduction.aspx>

London Court of International Arbitration. (s.f.). *LCIA Arbitration*. Recuperado el 25 de octubre de 2016, de http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration.aspx

London Court of International Arbitration. (s.f.). *Mediation*. Recuperado el 25 de octubre de 2016, de http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/Mediation.aspx

London Court of International Arbitration. (s.f.). *Other ADR Services*. Recuperado el 25 de octubre de 2016, de http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/Other_Services.aspx

London Court of International Arbitration. (s.f.). *History*. Recuperado el 25 de octubre de 2016, de <http://www.lcia.org/LCIA/history.aspx>

Mackie, K. (2003). The future for ADR clauses after *Cable & Wireless v. IBM*. *Arbitration International*, 19(3), 345-362. Recuperado el 12 de noviembre de 2016, de https://www.cedr.com/library/articles/Fut_for_ADR_clauses.pdf

Martín Díz, F. (2010). Capítulo I. La mediación como sistema complementario de la jurisdicción en la solución de conflictos. En F. Martín Díz, *La mediación; sistema complementario de administración de justicia* (págs. 49-167). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.

Martínez Alfaro, J. (2008). *Teoría de las obligaciones* (Décimo primera ed.). México, D.F.: Porrúa.

- Martínez González, P. (2011). *El nuevo régimen del arbitraje*. Madrid: Bosch.
- McCadden M., C. J., & Flores Rueda, C. (2010). *Documentos básicos sobre arbitraje y solución de controversias (El marco normativo en español)*. México, D.F.: Editorial Themis.
- McLean, D., & Wilson, S. (2008). Compelling mediation in the context of med-arb agreements. *Dispute Resolution Journal*, 63(3), 28-34.
- Mereminskaya, E. (2009). Transformación y desarrollo del arbitraje y la mediación en Nuevo León. En F. G. Gorjón Gómez, J. G. Steele Garza, & R. Cardoza Moyron, *Mediación y arbitraje. Leyes comentadas y concordadas del Estado de Nuevo León*. (págs. 19-38). México, D.F.: Editorial Porrúa.
- Merino Merchán, J. F., & Chillón Medina, J. M. (2014). *Tratado de derecho arbitral* (Cuarta ed.). Madrid: Thomson-Civitas.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación. (1981). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 20 de septiembre de 1967*. Recuperado el 24 de abril de 2017, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>
- Moguel Caballero, M. (2004). *Obligaciones civiles contractuales y extracontractuales* (Segunda ed.). México, D.F.: Porrúa.
- Montero Aroca, J. (2015). Las materias de libre disposición en el arbitraje y en la mediación. En V. Pardo Iranzo (Ed.), *La mediación: algunas cuestiones de actualidad* (págs. 47-61). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Morán, G. M. (2010). Capítulo 11: La mediación en EEUU. Vías alternativas de negociación y resolución de conflictos: Una nueva cultura socio-jurídica. La experiencia estadounidense. En E. Souto Galván (Ed.), *La mediación. Un instrumento de conciliación* (págs. 11-30). Madrid: Dykinson, S.L.
- Moreno Rodríguez, J. A. (2010). *Contratación y arbitraje: contribuciones recientes*. Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP).

- Munné Catarina, F., & Vidal Teixidó, A. (2013). *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*. Madrid: LA LEY, Grupo Wolters Kluwer España, S.A. DE C.V.
- Muñoz i Sabaté, L. (1988). *Las cláusulas procesales en la contratación privada*. Barcelona: Bosch.
- Muñoz, L. (1973). *Teoría General del Contrato*. México, D.F.: Cárdenas Editor y Distribuidor.
- Nougein, H., Reinhard, Y., Ancel, P., Rivier, M., Boyer, A., & Genin, P. (2004). *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*. Paris: Éditions du Juris Classeur.
- Novo, M., Quintero, I., & Vázquez, M. J. (2013). ¿Cómo motivan los jueces la capacidad de los progenitores en las resoluciones judiciales? *Anuario de Psicología Jurídica*, 23, 47-51. doi:10.5093/aj2013a8
- Olvera Gudiño, J. J., Doncel de la Colina, J. A., & Muñiz Muriel, C. (2014). *Indígenas y educación: diagnóstico del nivel medio superior en Nuevo León*. Monterrey, Nuevo León: Universidad Regiomontana.
- Ortega López, E. (2014). En C. Flores Rueda (Ed.), *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*. México, D.F.: Editorial Themis.
- Palomar de Miguel, J. (2003). *Diccionario para juristas* (Segunda ed., Vol. Tomo I). México, D.F.: Porrúa.
- Pappas, B. (2013). Med-Arb: the best of both world may be too good to be true. a response to Weisman. *Dispute Resolution Magazine*, 19(3), 42+.
- Pérez Saucedo, J. (2006). La situación actual de la mediación en México. En J. E. Vargas Viancos, & F. J. Gorjón Gómez (Edits.), *Arbitraje y mediación en las Américas*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA.
- Periódico Oficial del Estado de Nuevo León. (28 de junio de 2017). *Reforma a la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León*. Recuperado el 29 de junio de 2017, de http://sgi.nl.gob.mx/Transparencia_2015/Archivos/AC_0001_0007_00165149_000001.pdf

- Periódico Oficial del Estado de Nuevo León. (24 de abril de 2017). *Reglamento de la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León*. Recuperado el 11 de mayo de 2017, de http://sgi.nl.gob.mx/Transparencia_2015/Archivos/AC_0001_0007_00164118_000001.pdf
- Pizarro Moreno, E., & Navarro Ibarrola, A. (2014). El convenio arbitral. En M. Yzquierdo Tolsada (Ed.), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con implicaciones tributarias* (Vol. Tomo VII, págs. 127-240). Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- Poder Judicial España. (8 de agosto de 2012). *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Recuperado el 24 de octubre de 2016, de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-estatal/Ley-5-2012--de-6-de-julio--de-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles>
- Poder Judicial España. (24 de junio de 2015). *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Recuperado el 31 de octubre de 2016, de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-europea/Directiva-2008-52-CE-del-Parlamento-Europeo-y-del-Consejo-de-21-de-mayo-de-2008-sobre-ciertos-aspectos-de-la-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles>
- Poder Judicial España. (24 de junio de 2015). *Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Recuperado el 31 de octubre de 2016, de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-estatal/Real-Decreto-980-2013--de-13-de-diciembre--por-el-que-se-desarrollan-determinados-aspectos-de-la-Ley-5-2012--de-6-de-julio--de-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles>

- Poder Judicial España. (s.f.). *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*. Recuperado el 31 de octubre de 2016, de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-europea/Libro-Verde-sobre-las-modalidades-alternativas-de-solucion-de-conflictos-en-el-ambito-del-derecho-civil-y-mercantil>
- Reglamento del Centro Estatal de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos en el Estado de Nuevo León*. (26 de abril de 2005). Recuperado el 12 de noviembre de 2016, de <https://www.pjenl.gob.mx/CEMASC/download/reglamento-cemasc.pdf>
- Rivera Blanca, V. (2014). En C. Flores Rueda (Ed.), *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*. México, D.F.: Editorial Themis.
- Ross, W., & Conlon, D. (2000). Hybrid forms of third-party dispute resolution: Theoretical implications of combining mediation and arbitration. *Academy of Management Review*, 25(2), 416-427. doi:10.5465/AMR.2000.3312927
- Ruiz García, M. J., & Navarro Ibarrola, A. (2014). El contrato de mediación de disputas. En M. Yzquierdo Toslada (Ed.), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con implicaciones tributarias* (Vol. Tomo VII, págs. 459-519). Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- Sáenz López, K. A., & Téllez-Castilla, M. D. (2014). La entrevista en profundidad. En K. A. Sáenz López, & M. D. Téllez-Castilla, *Métodos y técnicas cualitativas y cuantitativas aplicables a la investigación en ciencias sociales*. (págs. 171-182). México, D.F.: Tirant Humanidades México.
- Sáenz Viesca, J. (2014). En C. Flores Rueda (Ed.), *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*. México, D.F.: Editorial Themis.
- Sánchez García, A. (2015). *Mediación y arbitraje. Eficacia y proyección internacional*. México, D.F.: Tirant Lo Blanch.
- Sánchez García, A. (2016). Capítulo I: El contrato de mediación. En A. Sánchez García, & P. López Peláez (Edits.), *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos* (págs. 29-46). Navarra: Editorial Aranzadi, SA.

- Sánchez Meda, R. (2004). *De los contratos civiles* (Vigésimaprimer ed.). México, D.F.: Porrúa.
- Sepúlveda Sandoval, C. (2002). *De los derechos personales, de crédito u obligaciones* (Segunda ed.). México, D.F.: Porrúa.
- Sepúlveda Sandoval, C. (2002). *De los derechos personales, de crédito u obligaciones*. (Segunda ed.). México, D.F.: Editorial Porrúa.
- Sepúlveda Sandoval, C. (2006). *Contratos civiles*. México, D.F.: Porrúa.
- Sistema Argentino de Información Jurídica. (s.f.). *Ley 26.589 de Mediación y Conciliación*. Recuperado el 31 de octubre de 2016, de <http://www.saij.gob.ar/26589-nacional-mediacion-conciliacion-lns0005600-2010-04-15/123456789-0abc-defg-g00-65000scanyel?q=moreLikeThis%28id-infojus%2C%20numero-norma%5E4%2C%20tipo-documento%5E4%2C%20titulo%5E4%2C%20jurisdiccion%2C%20tesauro%2C%20provincia>
- Stiglitz, R. S. (1993). Autonomía de la voluntad y revisión del contrato. En R. S. Stiglitz (Ed.), *Contratos. Teoría general II*. Argentina: Ediciones Depalma.
- Stiglitz, R. S. (1994). Contenido del contrato. En R. S. Stiglitz (Ed.), *Contratos. Teoría general I*. Argentina: Ediciones Depalma.
- Swiss International Arbitration Decisión. (16 de marzo de 2016). 4A_628/2015. Recuperado el 20 de marzo de 2017, de <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/16%20mars%202016%204A%20628%202015.pdf>
- Swiss International Arbitration Decisions. (16 de marzo de 2016). *Mandatory pre-arbitration procedure not complied with results in annulment of the award*. Recuperado el 20 de marzo de 2017, de <http://www.swissarbitrationdecisions.com/mandatory-pre-arbitration-procedure-not-complied-results-annulment-award>
- The London Court of International Arbitration (LCIA). (s.f.). *Recommended clauses*. Recuperado el 19 de septiembre de 2016, de http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Mediation_Clauses.aspx

- Trejo Ramírez, M., & Andrade Robles, A. (2013). Evolución y desarrollo de las reformas estructurales en México (1982-2012). *Cotidiano- Revista de la Realidad Mexicana*, 28(177), 37-46.
- Treviño García, R. (2008). *Los contratos civiles y sus generalidades* (Séptima ed.). México, D.F.: McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V.
- Tribunales Colegiados de Circuito. (octubre de 2013). *Acceso a los mecanismos alternativos de solución de controversias, como derecho humano. Goza de la misma dignidad que el acceso a la jurisdicción del Estado.*, Libro XXV, Tomo 3. Tesis: III.2o.C.6 K (10a.)(2004630), *Décima época*, 1723. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Recuperado el 25 de septiembre de 2016
- Trigo Sierra, E., & Moya Fernández, A. (2012). La mediación civil y mercantil en España y en el derecho comparado: a propósito del Real Decreto-Ley 5/2012. *Actualidad Jurídica* (1578-956X)(32), 102-112.
- Uribe Piedrahita, C. A. (2007). El arbitramento en Colombia. En J. E. Vargas Viancos, & F. J. Gorjón Gómez (Edits.), *Arbitraje y mediación en las Américas*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA/Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Urquidí, J. (1999). *Mediación. Solución a conflictos sin litigio*. México: Centro de Resolución de Conflictos.
- Vargas, R. (2015). La reforma energética: a 20 años del TLCAN. *Problemas del desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía*, 46(180), 103-127.
- Vásquez del Mercado Cordero, Ó. (2009). *Contratos mercantiles internacionales*. México, D.F.: Porrúa.
- Vásquez del Mercado, O. (2011). *Contratos mercantiles* (Décima sexta ed.). México, D.F.: Porrúa.
- Verdera Server, R. (2009). *El convenio arbitral*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.

14. ANEXOS

14.1 Perfiles de sujetos de estudio de entrevistas semiestructuradas.

Sujeto: 1

Edad: XXX años

Perfil profesional: Como abogado, ha sido abogado de la práctica de arbitraje del Despacho Cuatrecasas, Gonçalves Pereira en las oficinas de París y de Madrid, siendo que actualmente es socio del Despacho Irra Ibarra y dirigente de la práctica de arbitraje y métodos alternos de solución de controversias en México. Cuenta con un Máster en Arbitraje y Comercio Internacional en la Universidad de París, es profesor de posgrado de la materia de Arbitraje y Justicia Internacional de la Universidad Nacional Autónoma de México, así como también es profesor invitado de la Universidad Panthéon-Sorbonne, Paris, en un programa de doble titulación de la Maestría de Derecho de la Empresa de la Universidad de Monterrey. Aunado a lo anterior, es conferencista regular en congresos internacionales en materia de arbitraje internacional.

Relación directa con el tema: Es abogado, máster en arbitraje y comercio internacional, dirige el área de métodos alternos de solución de conflicto de un despacho de abogados, con lo cual está directamente relacionado con dichos mecanismos alternos.

Disponibilidad de participación: Depende de sus horarios de agenda laboral como abogado, profesor y conferencista.

Participación: Entrevista semiestructurada.

Sujeto: 2

Edad: 30 años

Perfil profesional: Es abogado por el Tecnológico de Monterrey, cuenta con una Maestría en Derecho de Empresa de la Universidad de Monterrey. En relación a los métodos alternos de solución de conflictos, cuenta con distintos entrenamientos en Arbitraje Comercial Internacional, tanto por la CCI aquí en Monterrey, como en su centro de audiencias en París. Así también posee un entrenamiento intensivo en Arbitraje Comercial Internacional por la Universidad de Fordham. Además de ser socio fundador del despacho jurídico Basave, Colosio, Sánchez Abogados, es el encargado de coordinar el área de Derecho Corporativo, Gestión de Negocios, Financiamiento de Proyectos y Métodos Alternos de Solución de Controversias de la referida firma jurídica. Fue Coordinador del Comité de Jóvenes Árbitros del Capítulo Nuevo León de la Cámara de Comercio Internacional, ha sido profesor invitado de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, A.C.

Relación directa con el tema: Es licenciado en Derecho, cuenta con diversas capacitaciones en arbitraje comercial internacional, coordina el área de métodos alternos de solución de controversias del despacho jurídico donde labora profesionalmente, además de ser árbitro, con lo cual cuenta con relación directa con el tema a tratar en la presente investigación.

Disponibilidad de participación: Depende de sus horarios de agenda laboral como abogado y árbitro.

Participación: Entrevista semiestructurada.

Sujeto: 3

Edad: 42 Años

Perfil profesional: Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; Profesora Titular de Derecho Internacional Privado; es especialista en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, es mediadora y árbitro internacional, tiene especialidad en contratación internacional, comercio internacional, mediación y arbitraje comercial internacional; es Directora y Representante URJC en la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto –CUEMYC–; es Miembro de la Asociación Internacional de Doctores en Métodos Alternos; es también formadora en los Cursos de Mediación y Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, y en el Módulo de Mediación en el Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad Rey Juan Carlos y del mencionado Colegio de Abogados; cuenta con publicaciones científicas, desde monografías, artículos de revistas científicas, y capítulos de libros del ámbito nacional e internacional, además de ser Directora de Proyectos de Investigación sobre ADR/MASC desde tesinas hasta tesis de doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, además de ser la organizadora y responsable de las Jornadas sobre mediación impartidas en la Universidad Rey Juan Carlos, campus Vicálvaro, en Madrid, España.

Relación directa con el tema: Es abogada, especialista en MASC en el ámbito familiar, civil y mercantil, además de ser catedrática de métodos alternos de solución de conflictos en diversas instituciones educativas y asociaciones de derecho.

Disponibilidad de participación: Depende de su agenda laboral como mediadora y árbitro, así como de su horario de impartición de clases y cursos antes mencionados.

Participación: Entrevista semiestructurada.

Sujeto: 4

Edad: 50 años

Perfil profesional: Es licenciado en Derecho por la Universidad de Belgrano, Argentina; formación de Máster en Derecho por la Universidad de Augsburg, Alemania; cuenta con un Posgrado en Negociación por la Universidad Católica de Argentina; formación en mediación por la Asociación Iberoamericana de Resolución Alternativa de Disputas, en Argentina; formación en Coaching personal ITC7, en Argentina; preparación en Derecho Colaborativo en la Asociación de Derecho Colaborativo de Euskadi y Universidad Carlos III, en Madrid, España; y formación en Lego Serious Play en Rassmussen Consulting (metodología de comunicación), en Barcelona, España.

Relación directa con el tema: Es abogado, mediador, negociador y coach en el ámbito mercantil.

Disponibilidad de participación: Depende de su agenda laboral como mediador y negociador, así como de su horario de impartición cursos y coaching antes referidos.

Participación: Entrevista semiestructurada.

Sujeto 5

Edad: XXX años

Perfil profesional: Licenciado en Derecho por la Universidad C.E.U. San Pablo de Madrid, MBA Know How Business College de Madrid, Master en Práctica Jurídica y Máster en Asesorías de Empresas en la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid, Curso Superior de Arbitraje en Instituto de Empresa de Madrid. Abogado en ejercicio de la profesión desde el año 1992, Colegiado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Socio fundador de García PI Abogados Asociados, S.L., Secretario General de la Asociación Europea de Arbitraje, Presidente de la Corte Internacional Hispano Marroquí de Arbitraje, Diputado 3º en la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Secretario General en funciones del Centro Iberoamericano de Arbitraje, CIAR y Presidente del Centro de Mediación y Solución de Conflictos, CEMED. También es árbitro con experiencia en arbitrajes administrados bajo reglamento CCI, Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid, Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, además de ser árbitro en arbitrajes ad-hoc.

Relación directa con el tema: Es abogado y especialista en MASC, además de fundar y laborar en asociaciones, centros e instituciones que administran métodos alternos de solución de conflictos.

Disponibilidad de participación: Depende de su agenda laboral administrativa en diversas asociaciones e instituciones, así como su agenda laboral de árbitro.

Participación: Entrevista semiestructurada.

Sujeto 6

Edad: XXX años

Perfil profesional: Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España, experta en “Mediación, Ámbitos Actuación y Técnicas Aplicadas en Resolución de Conflictos” por la Universidad Complutense, mediadora inscrita y registrada en el Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia, Presidenta y Socia Fundadora de la Asociación Madrileña de Mediadores, Directora de proyectos y mediadora en “Mediación Siglo 21” (empresa de mediación), mediadora del Servicio Municipal de Getafe; Directora y Coordinadora del Curso de Mediación organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Directora y Coordinadora del Curso de Mediación Civil y Mercantil de Abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Lorca, Directora del Curso de Mediación Civil y Mercantil del Instituto Superior de Economía y Derecho, formadora de mediadores familiares en mediación familiar internacional, así como docente en diversas universidades españolas y colegios oficiales españoles.

Relación directa con el tema: Es abogada y mediadora en el ámbito familiar, civil y mercantil.

Disponibilidad de participación: Depende de sus horarios de agenda laboral como mediadora, su agenda laboral administrativa en asociaciones de mediación, así como también depende de los horarios de las clases, cursos y capacitaciones en mediación que imparte.

Participación: Entrevista semiestructurada.

Sujeto: 7

Edad: 50 años

Perfil profesional: Abogada y profesional en Herbert Smith Freehills Madrid, experta en Derecho de Seguros, Responsabilidad Civil y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Es Licenciada en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, cuenta con el Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Mercantil, y también es profesora del Doble Master de Acceso a la Abogacía y Derecho de la Empresa de la Universidad de Navarra. Fue Coordinadora de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, Sección Española, así como Secretaria General del Tribunal de Arbitraje de Seguros (Asociación Internacional de Derecho de Seguros), y encargada de la Secretaría de la Comisión de Conciliación del referido tribunal. Fue abogada de la firma inglesa Davis Arnold Cooper (oficina española) y actualmente es abogada asociada en la firma en Herbert Smith Freehills Madrid.

Relación directa con el tema: Es abogada, mediadora y está directamente relacionada con los métodos alternos de solución de conflictos, con énfasis en mediación y conciliación mercantil.

Disponibilidad de participación: Depende de sus horarios de agenda laboral como abogada de firma jurídica, así como también depende de los horarios de las clases que imparte.

Participación: Entrevista semiestructurada.

Sujeto: 8

Edad: 44 años

Perfil profesional: Es abogado egresado de la Universidad de Monterrey, cuenta con Maestría en Derecho Internacional Privado y del Comercio Internacional de la Universidad de París II (Panthéon-Assas), así como también con Maestría en Resolución de Controversias Internacionales de Fordham School of Law, Nueva York, y con un Doctorado en Derecho por la Universidad París II. Además de práctica en derecho como abogado de parte y como árbitro, es socio fundador del Despacho Leal-Isla & Horvath, S.C., profesor de la materia de Arbitraje en nivel licenciatura en la Universidad Autónoma de Nuevo León y del Tecnológico de Monterrey, así como de la Universidad de Monterrey en algunas ocasiones y, a nivel de posgrado, imparte la materia de Arbitraje en la Maestría de Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

Relación directa con el tema: Es abogado, árbitro y profesor de métodos alternos de solución de conflictos, con lo cual está directamente relacionado con dichos métodos alternos, con énfasis en arbitraje comercial.

Disponibilidad de participación: Depende de sus horarios de agenda laboral como abogado de firma jurídica, así como también depende de los horarios de las clases que imparte en las diferentes universidades.

Participación: Entrevista semiestructurada.

Sujeto: 9

Edad: 36 años

Perfil profesional: Es abogada egresada del Tecnológico de Monterrey, cuenta con una Maestría en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Iberoamericana, así como con un Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Ha laborado como abogada litigante, ha trabajado en el Poder Judicial de la Federación y es profesora de derecho en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Actualmente es Directora de MEAD-H Institute, un centro privado de Métodos Alternos de Solución de Conflictos en el Estado de Nuevo León, especializándose en servicios profesionales de mediación, conciliación y arbitraje.

Relación directa con el tema: Es abogada, doctora en derecho con especialidad en métodos alternos de solución de conflictos, mediadora, directora de un centro de métodos alternos de solución de conflictos, con lo cual está directamente relacionada con dichos mecanismos alternos.

Disponibilidad de participación: Depende de sus horarios de agenda laboral como abogada, mediadora, directiva de centro de MASC, así como también depende de los horarios de las clases que imparte.

Participación: Entrevista semiestructurada.

14.2 Categorización, asociación de palabras y codificación.

Asociación de palabras

Variable	Palabras asociadas
Voluntad de las partes	Autonomía, libertad, manifestación, aceptación, acuerdo, querer, involucrarse, compromiso.
Naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB	Principios, principio de voluntad de partes, naturaleza jurídica, teorías contractualistas, contratos, convenios, crear y transmitir obligaciones.
Forma de la cláusula MED-ARB	Requisitos, exteriorización de compromiso, expresión, consentimiento expreso, consentimiento tácito, por escrito, temporalidad de etapas de procedimiento escalonado.
Objeto de la cláusula MED-ARB	Intencionalidad, hacer, obligación, físicamente posible, existencia en comercio, producir consecuencias, efectos jurídicos.

Categorización

Variable	Categorización
Voluntad de las partes	Existe una autonomía de las partes. Las partes gozan de libertad de contratar. Se manifiesta la aceptación de comprometerse. Consentimiento expreso.
Naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB	Desde la teoría contractualista, se resalta el respeto del principio de voluntad de las partes. La cláusula MED-ARB tiene naturaleza jurídica contractual. La cláusula MED-ARB crea y transmite obligaciones entre las partes.

Forma de la cláusula MED-ARB	<p>La cláusula debe estar por escrito.</p> <p>Debe exteriorizar el compromiso de manera expresa.</p> <p>El consentimiento expreso es necesario para aplicar o exigir el cumplimiento de la cláusula.</p> <p>La cláusula debe expresar el tiempo que durará cada etapa, así como cuando inicia y cuándo termina cada una de ellas.</p>
Objeto de la cláusula MED-ARB	<p>Manifestación de propósito posible físicamente y que exista en el comercio.</p> <p>El objeto está previsto en las normas o tratados internacionales.</p> <p>El objeto buscará un efecto jurídico de someterse a la mediación-arbitraje ante la aparición de conflictos.</p>

Codificación

Variable	Codificación
<p>Voluntad de las partes</p> <p>Existe una autonomía de las partes.</p> <p>Las partes gozan de libertad de contratar.</p> <p>Se manifiesta la aceptación de comprometerse.</p> <p>Consentimiento expreso.</p>	<p>A₁ - Voluntad de las partes</p> <p>A_{1.1} - Existe una autonomía de las partes.</p> <p>A_{1.2} - Las partes gozan de libertad de contratar.</p> <p>A_{1.3} - Se manifiesta la aceptación de comprometerse.</p> <p>A_{1.4} - Consentimiento expreso.</p>
<p>Naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB</p> <p>Desde la teoría contractualista, se resalta el respeto del principio de voluntad de las partes.</p> <p>La cláusula MED-ARB tiene naturaleza jurídica contractual.</p> <p>La cláusula MED-ARB crea y transmite obligaciones entre las partes.</p>	<p>B₂ - Naturaleza obligatoria de la cláusula MED-ARB</p> <p>B_{2.1} - Desde la teoría contractualista, se resalta el respeto del principio de voluntad de las partes.</p> <p>B_{2.2} - La cláusula MED-ARB tiene naturaleza jurídica contractual.</p> <p>B_{2.3} - La cláusula MED-ARB crea y transmite obligaciones entre las partes.</p>
<p>Forma de la cláusula MED-ARB</p> <p>La cláusula debe estar por escrito.</p>	<p>C₆ -Forma de la cláusula MED-ARB</p> <p>C_{6.1} -La cláusula debe estar por escrito.</p>

<p>Debe exteriorizar el compromiso de manera expresa.</p> <p>El consentimiento expreso es necesario para aplicar o exigir el cumplimiento de la cláusula.</p> <p>La cláusula debe expresar el tiempo que durará cada etapa, así como cuando inicia y cuándo termina cada una de ellas.</p>	<p>C_{6.2} -Debe exteriorizar el compromiso de manera expresa.</p> <p>C_{6.3} -El consentimiento expreso es necesario para aplicar o exigir el cumplimiento de la cláusula.</p> <p>C_{6.4} -La cláusula debe expresar el tiempo que durará cada etapa, así como cuando inicia y cuándo termina cada una de ellas.</p>
<p>Objeto de la cláusula MED-ARB</p> <p>Manifestación de propósito posible físicamente y que exista en el comercio.</p> <p>El objeto está previsto en las normas o tratados internacionales.</p> <p>El objeto buscará un efecto jurídico de someterse a la mediación-arbitraje ante la aparición de conflictos.</p>	<p>D₄ -Objeto de la cláusula MED-ARB</p> <p>D_{4.1} -Manifestación de propósito posible físicamente y que exista en el comercio.</p> <p>D_{4.2} -El objeto está previsto en las normas o tratados internacionales.</p> <p>D_{4.3} -El objeto buscará un efecto jurídico de someterse a la mediación-arbitraje ante la aparición de conflictos la mediación-arbitraje.</p>

14.3 Guión y cuestionario de preguntas de entrevista semiestructurada.

Autopresentación

Buenos días, primeramente procederé a presentarme y a hacer mención de algunas cuestiones relevantes para el desarrollo de la entrevista. Mi nombre es Melissa Guadalupe Adame Rivera, tengo el grado de Licenciatura en Derecho por la Universidad de Monterrey, actualmente soy estudiante de quinto semestre (tercer año) del programa de Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos impartido en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en México.

El tema de mi tesis versa sobre “Las cláusulas MED-ARB en la solución de conflictos del sector energético”, el cual tiene como hipótesis encontrar los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos del sector energético internacional, misma que se buscará comprobar a través de la aplicación de un método cualitativo como lo es la entrevista en profundidad.

De antemano se le agradece primeramente al entrevistado por su tiempo, disponibilidad y opinión respecto al tema que nos ocupa, siendo preciso señalar que su participación es de valiosa importancia para el análisis del tema antes señalado. De la misma manera se le hace conocer al entrevistado que sus datos personales e identidad permanecerán en el anonimato salvo manifestación contraria del sujeto, al igual que se le comunica que la presente entrevista será grabada en audio para cuestiones meramente de análisis y estudio de las respuestas otorgadas.

Es menester informarle al entrevistado que los datos, información y resultados derivados de la presente entrevista quedarán a su disposición si desea consultarlos, así como también se aceptarán aclaraciones, sugerencias y comentarios que quisiera aportar y considere que serán de valor para la presente entrevista. Dicho lo anterior, se procederá a realizar algunas preguntas al entrevistado a modo de presentación y descripción de su competencia, capacidad y valor que aportarán sus opiniones al tema a investigar por la entrevistadora.

Preguntas generales

1. De manera breve y clara, ¿podría mencionar su trayectoria académica y profesional, así como el puesto que desempeña actualmente relacionado a los métodos alternos de solución de conflictos?
2. En su experiencia profesional, ¿cuál es su opinión de la eficiencia y resultados de los métodos alternos de solución de conflictos, tanto en el ámbito nacional (España o México) como internacional?
3. ¿Cuál es su opinión respecto a la implementación de los métodos alternos de solución de conflictos utilizados en conjunto, también llamados métodos híbridos o métodos escalonados?
4. ¿Cómo considera que un método escalonado puede aportar más a la gestión de conflictos que un método alternativo de solución de conflictos por sí solo?

Preguntas descriptivas (cómo, cuándo, dónde, cuántos)

5. Me podría mencionar cuáles considera que son los métodos escalonados de solución de conflictos más utilizados actualmente, así como cuándo y dónde se ha encontrado con implementación de dichos métodos escalonados.
6. En el caso de la mediación-arbitraje como método escalonado, ¿Cuántas veces o qué tan frecuentemente ha encontrado cláusulas MED-ARB en contratos mercantiles o civiles?
7. ¿Qué razones considera relevantes y fundamentales para determinar la frecuencia de implementación de cláusulas MED-ARB dentro de contratos mercantiles o civiles?
8. De la misma manera, mencione ¿qué problemas y desventajas jurídicas tendría la elaboración y aplicación de una cláusula compromisoria escalonada?

Preguntas de estructura (qué, por qué, para qué) pregunta, hipótesis, variables

9. Diversos autores señalan que las cláusulas compromisorias se pueden considerar como un contrato en sí, ¿considera usted que una cláusula escalonada de mediación-arbitraje (MED-ARB) tiene una naturaleza contractual obligatoria? ¿Por qué?

10. ¿Qué elementos fundamentales considera imprescindibles para elaborar una cláusula compromisoria escalonada como la cláusula MED-ARB?
11. Al momento de redactar, implementar y ejecutar una cláusula MED-ARB, ¿qué elementos de la cláusula escalonada considera más controversiales? ¿Por qué?

Preguntas de contrastación

12. Me podría explicar un poco más las ventajas y desventajas jurídicas de la implementación de una cláusula compromisoria escalonada como la cláusula MED-ARB.
13. Podría profundizar sobre ¿por cuáles razones considera que resultaría jurídicamente complicado combinar dos métodos de solución de conflictos cuyos principios y esencias son diferentes como lo es la mediación y el arbitraje. ¿Por qué?
14. Podría explicar ¿por qué en la práctica no se impulsa con mayor frecuencia el uso de las cláusulas compromisorias escalonadas, como la cláusula MED-ARB, siendo que organismos nacionales e internacionales como la Cámara de Comercio Internacional y la Asociación Americana de Arbitraje prevén dicha cláusula que contiene los métodos alternos de solución de conflictos?
15. Por último, de acuerdo a su experiencia profesional y lo antes mencionado, me podría explicar jurídicamente ¿por qué consideraría o no aplicar una cláusula compromisoria escalonada, como lo es la cláusula MED-ARB, a los contratos del Sector Energético específicamente?

Cierre

Con esto damos por terminada la presente entrevista y vuelvo a agradecer el tiempo, apoyo y colaboración brindada por el entrevistado, reiterándole que los datos, información y resultados derivados de esta entrevista quedan a su disposición para su consulta, además de que se le recuerda la confidencialidad de la presente entrevista siendo necesario reiterarle que se resguardará su identidad y anonimato para el análisis de la misma.

Perfil de entrevistado

Sujeto:

Edad:

Perfil profesional:

Relación directa con el tema:

Disponibilidad de participación:

Participación: entrevista semiestructurada en profundidad.

14.4 Entrevistas semiestructuradas aplicadas.

Entrevista semiestructurada 1

E: Buenos días, antes de comenzar propiamente la sección de preguntas procederé a presentarme y a hacer mención de algunas cuestiones relevantes para el desarrollo de la entrevista. Mi nombre es Melissa Guadalupe Adame Rivera, tengo el grado de Licenciatura en Derecho por la Universidad de Monterrey, actualmente soy estudiante del programa de Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos impartido en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

E: El tema de mi tesis versa sobre “Las cláusulas MED-ARB en la solución de conflictos del Sector Energético”, el cual tiene como hipótesis encontrar los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos del sector energético internacional, misma que se buscará comprobar a través de la aplicación de un método cualitativo como lo es la entrevista semiestructurada.

E: De antemano se le agradece primeramente al entrevistado por su tiempo, disponibilidad y opinión respecto al tema que nos ocupa, siendo preciso señalar que su participación es de valiosa importancia para el análisis del tema antes señalado. De la misma manera se le hace conocer al entrevistado que sus datos personales e identidad permanecerán en el anonimato salvo manifestación contraria del sujeto, al igual que se le comunica que la presente entrevista será grabada en audio para cuestiones meramente de análisis y estudio de las respuestas otorgadas.

E: Es menester informarle al entrevistado que los datos, información y resultados derivados de la presente entrevista quedarán a su disposición si desea consultarlos, así como también se aceptarán aclaraciones, sugerencias y comentarios que quisiera aportar y considere que serán de valor para la presente entrevista. Una vez dicho lo anterior, se procederá a realizar algunas preguntas al entrevistado a modo de presentación y descripción de su competencia, capacidad y valor que aportarán sus opiniones al tema de investigación.

E: De manera breve y clara, ¿podría mencionar su trayectoria académica y profesional, así como el puesto que desempeña actualmente relacionado a los métodos alternos de solución de conflictos?

S1: Sí, claro mira. Mi nombre es XXXXXXXXXXXX actualmente soy socio del Despacho XXXXXXXXXXXX y dirijo la práctica de arbitraje y métodos alternos de solución de controversias en México. En

cuanto a mi trayectoria académica y docente, tengo un Máster en Arbitraje y Comercio Internacional en la Universidad de París, soy profesor del posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México, imparto la materia de Arbitraje y Justicia Internacional, soy profesor invitado de la Universidad Panthéon-Sorbonne, Paris, en un programa de la doble titulación de la maestría de Derecho de la Empresa de la UDEM, soy conferencista regular en congresos internacionales en materia de arbitraje internacional. Y en cuanto a mi trayectoria profesional, he sido abogado de la práctica de arbitraje del Despacho Cuatrecasas, Gonçalves Pereira en las oficinas de París y de Madrid, que fue reconocida mi práctica dentro de las 30 mejores del mundo por Global Arbitration Review.

E: Muchas gracias.

E: De su experiencia profesional que acaba de mencionar relacionada con los métodos alternos de solución de conflictos, ¿cuál es su opinión de la eficiencia y resultados de dichos métodos?

S1: Pueden ser eficientes, pueden ser eficientes pero todo depende de cómo esté redactada la cláusula. Desafortunadamente hay muchas partes, y hemos visto en experiencia que si la cláusula no está correctamente redactada los escalones previos del arbitraje se pueden utilizar como mecanismos para entorpecer la implementación del sistema de solución de disputas, cuando hablamos de cláusula escalonada, cuando hay pasos previos como la mediación, negociación, disputes boards, paneles de adjudicación, expertos previos al arbitraje, hablamos de un sistema, de un sistema de solución del conflicto.

S1: Entonces muchas veces si el sistema no está correctamente implementado, dado y coherentemente desarrollado puede ser un obstáculo muy...puede ser una piedra en el zapato muy dura para echar andar el mecanismo completo, es decir, si no está bien redactada la cláusula una obligación de mediación nos puede, y si no la cumplimos bien nos puede servir para anular un eventual laudo después de haber pasado todo el proceso. Entonces se incluyen como, ósea la intención es buena que es que las partes prefieren arreglar su disputa antes de terminar un arbitraje pero si no están bien redactadas sí nos puede originar un problema.

E: Muy bien.

E: Haciendo distinción entre un método alternativo y un método escalonado, ¿cómo considera que los métodos escalonados pueden aportar más a la gestión de conflictos que un método alternativo de solución de conflictos por sí solo? En el caso de que se utilice, de que las partes prefieran o utilicen un método escalonado como es la mediación-arbitraje...

S1: Otra vez depende, depende del tipo de operación y el tipo de contrato de que se trate porque si hablas de un contrato o una operación meramente comercial o de prestación de servicios a medio plazo. Es correcto que las partes quieran ir a la mediación antes del arbitraje pero hay que tener en cuenta que las partes pueden ir a la mediación siempre aunque no esté la obligación en la cláusula, es más un tema de voluntad de las partes que de contenido de la cláusula porque esté o no la obligación de mediar previa como condición de antes de ir al arbitraje, si surge una disputa empiezas el arbitraje pero eso no impide que las partes se acerquen y negocien y concilien y arreglen su problema antes.

S1: Ahora hay otro tipo de contratos y operaciones de construcción particularmente, donde son disputas muy técnicas que sí es correcto que se sometan las disputas a un paso previo y es el caso del “ingeniero”, por ejemplo, la figura del ingeniero de su profesión técnica en un contrato de infraestructura o los paneles de adjudicación que funcionan como verdaderos depuradores de disputas, en el caso de los paneles de adjudicación, la experiencia y la estadística muestra que el 98% de las disputas que han surgido en un cro...en un proyecto que tiene un panel de adjudicación se resuelven antes del arbitraje, es decir, solo un 2% de las disputas presentadas en un proyecto de infraestructura llegan a arbitraje si es que hay un panel de adjudicación y esa es la estadística que hay desde que se implementan los paneles de adjudicación en 1975, con la construcción del Túnel Eisenhower hasta el día de hoy, con lo cual sí que son buenos pero depende el tipo de contrato y el tipo de operación que se trate.

E: Bueno prosiguiendo, ¿Cuáles métodos escalonados de solución de conflictos considera que son los más utilizados actualmente? Haciendo un hincapié o mención especial en los contratos comerciales que pudieran o que se lleven a cabo dentro del Sector Energético porque como menciona en el Sector de la Construcción pues sí hay otros como la figura del “ingeniero” que son los que más se aplican o el panel de adjudicación.

S1: En la cláusula modelo, la cláusula modelo de la Ronda 1, por ejemplo, hay mediación, conciliación. En el Sector Energético, la Ley de Obras Públicas, la Ley de Adquisiciones prevé la inclusión de mecanismos alternos y de cláusulas escalonadas y hay un procedimiento de conciliación y/o mediación. Entonces cuáles son los más usados en el Sector Energético, esos. Ahora depende no solamente o la obligación en el contenido no es solamente “las partes irán a mediar” o “las partes conciliarán”. Ese “las partes irán a mediar o conciliar” puede ser una carta de buenas intenciones si sólo nos quedamos con un “las partes se obligan a mediar” y si no, ir al arbitraje. O se pueden someter a un proceso estructurado frente a una institución, en este caso la función pública, es este caso puede ser que la conciliación se lleve ante función pública antes de pasar al siguiente mecanismo, sea el litigio o el arbitraje y eso está en la ley.

E: ¿Cuándo y dónde, en su experiencia, se ha encontrado con aplicación de los mencionados métodos escalonados?

S1: ¿Cuándo y dónde?

E: Bueno, lo más común.

S1: Cuándo y dónde. A ver cuándo, casi siempre. Casi siempre me he encontrado cláusulas que contienen una carta de buenas intenciones que le llamamos a esta obligación sin obligación, las partes intentarán resolver mediante negociación sus disputas, que eso y nada es lo mismo. Sí, yo creo que 90% de los contratos que yo he visto y de las disputas que yo he tenido en el arbitraje tienen una mención similar. Entonces cuándo, casi siempre. Y dónde, en contratos de todo tipo, de toda índole compraventas, prestación de servicio, comercio internacional, transporte, logística, incluso M&A, transacciones M&A, construcción, energía.

E: En el caso de la mediación-arbitraje como método escalonado de solución de conflictos, ¿Cuántas veces o qué tan frecuentemente ha encontrado cláusulas MED-ARB en contratos, sean mercantiles o civiles? Los que maneje usted.

S1: Estos que te cuento, esta misma...esta misma relación.

E: ¿Qué razones considera relevantes y fundamentales para determinar la frecuencia de utilización de cláusulas MED-ARB dentro de contratos civiles y mercantiles específicamente?

S1: La principal razón es que una disputa siempre es costo. Una disputa, sea a través del litigio o a través de arbitraje, es costo, siempre, entonces las partes y los actores del comercio internacional y nacional no están para pelear, están para hacer negocio y ganar dinero, no para incurrir en costo. Por eso cuando se redactan las cláusulas, siempre está... siempre subyace la voluntad de los contratantes de no llegar a un litigio y por eso hay un reflejo de incluir una posibilidad de mediar o conciliar a cualquier disputa que pueda surgir para evitar incurrir en el costo de tramitar un procedimiento, ya sea juicio o arbitraje para obtener el pago de la reclamación. Esa creo yo que es la principal razón por la que nadie queremos ir a un pleito.

S1: Otra cosa es que, ya cuando...eso es al momento de redactar la cláusula y hay que tener claro que normalmente quien redacta la cláusula no es el mismo que la litiga y el contexto de la relación entre las partes no es el mismo cuando se redacta que cuando surge la disputa porque cuando redactamos el contrato todos somos muy felices y estamos casados y estamos de luna de miel y todo es miel sobre hojuelas en la relación comercial, y vamos arreglarnos y no vamos a querer disputas, y nos vamos a ir a mediar, claro, por supuesto.

S1: Pero cuando surge la disputa es oye tenemos que ir a una mediación, yo no voy a mediar nada con este señor y nos vamos al arbitraje y lo vamos a hacer pedazos. Entonces la razón por la cual se incluye es porque sí, siempre cuando contratamos subyace ese deseo de las partes de no tener que enfrentar el costo de un litigio o un arbitraje e intentar resolver la disputa antes. Ahora lo que pasa en la realidad cuando surge la disputa desafortunadamente es muy distinto.

E: Y también... bueno ahí su opinión...es que es una duda también quieren evitarse pagar el costo de los honorarios de los abogados no?

S1: Pues todo, todo.

E: Ósea porque también, no sé que tanto puede llegar a influir o qué tanto costo puede llegar a ser que una parte que pierde tenga que pagar los honorarios de la otra parte, ¿pueden llegar a ser muy grandes o no?

S1: Sí claro, por supuesto, pueden ser millones de dólares.

E: Pero nunca se va a igualar al costo del negocio.

S1: A no, jamás. No jamás pero imagínate que tú tienes una demanda que te demandan por \$1,000,000.00 de dólares y incurres en gastos, si llevas un arbitraje institucional tus gastos serán alrededor del 15% del monto en disputa. Osea tienes ya un \$1,150,000.00, más lo que te cobre si tienes un despacho que te va a cobrar por defender tu reclamación de \$1,000,000.00 de dólares \$150,000.00 dólares otra vez o \$200,000.00 dólares, tu millón ya se volvió, se puede volver dependiendo un millón y medio, y eso en el tiempo más intereses más la depreciación, qué tal que si te piden garantizar ese crédito y tienes un activo congelado a través del tiempo y el impacto...el costo es bastante significativo para el que va...para el que gane y para el que pierda. Para el que gana bueno al final del día gana pero puedes cobrar, tu crédito es cobrable 4 o 5 años después.

E: Sí lo considera algo relevante....

S1: Absolutamente, absolutamente. Eso es por ejemplo uno de los elementos, de los argumentos que se utilizan para favorecer la utilización de paneles de adjudicación previos como depurador de disputas, la estadística que te decía hace rato. Si tu te esperas un proyecto que termine, después presentas el arbitraje, las disputas pueden valer la mitad del proyecto y si tienes un proyecto que ocupe una construcción de un muelle que vale \$700,000,000.00 de euros...

S1: En una experiencia que yo tuve, construcción de un muelle que el proyecto valía \$700,000,000.00 de euros y nuestra reclamación valía \$350,000,000.00, era casi la mitad del valor del proyecto. Si hubiera habido un panel de adjudicación, esos 350 posiblemente se hubieran vuelto 20 porque hubiéramos solucionado todo el otro margen...la estadística de la autorización es que ese mecanismo permite o...no permite pero...lo que hemos visto, lo que hemos visto es que el 2%, sólo el 2% de las disputas llegan a arbitraje cuando hay un panel, cuando hay un mecanismo previo como es el panel de adjudicación. Entonces que la inclusión de mecanismos de... la inclusión de un escalón antes del arbitraje puede favorecer los costos ósea puede hacer que las partes no incurran en costos, por supuesto que sí, pero también depende de que tan bien esté redactada y el tipo de parte que tenemos enfrente.

E: De la misma manera, podría mencionar ¿qué problemas y desventajas jurídicas tendría la elaboración y aplicación de una cláusula escalonada como la cláusula MED-ARB?

S1: El principal problema es cuando no se le da contenido a la obligación de mediar. Cuando las partes deciden ir previamente a la mediación están imponiendo una carga para las partes y si seguimos el... ahí cuando tenemos... se presenta este problema por un lado está el principio pacta sunt servanda y lo que dice la cláusula, lo que dice el contrato es la ley para las partes y lo tienen que cumplir pero por el otro lado tenemos el principio de acceso a la justicia, el principio, el derecho natural de toda persona a acceder a la justicia, ya sea a través del litigio o el arbitraje, de presentar su reclamación y obtener su pago sin condiciones.

S1: Entonces tenemos, se nos encuentran dos principios que en algún momento pueden ser contradictorios porque usted está obligado a cumplir ciertas condiciones de requisitos o dicho de otra manera si lo decimos al revés, usted no puede ir al arbitraje si no agota la mediación, oiga pero es que yo tengo derecho de ir al arbitraje, nadie me puede negar mi acceso a la justicia y a que me escuchen mi reclamación en el fondo, sí pero tiene que cumplir con la mediación previa y así es pacta sunt servanda, usted quedó en eso, entonces esa es la premisa de inicio.

S1: Lo segundo a tener en cuenta, cuando decidimos incluir una cláusula de esta naturaleza tenemos que ser muy claros en la obligación que vamos a incluir, a que nos vamos a obligar y hay como 4 especies de obligaciones. Esta la obligación se dice puede ser una carta de buenas intenciones no? Las partes se obligan a mediar y ya, el problema es que en esas cláusulas no está claro cuando se entiende cumplido y cuando se entiende no cumplido. Se recomienda que pongamos muy claramente en qué momento se entiende cumplido y en qué momento no se entiende terminado el mecanismo.

S1: Hay un caso por ejemplo en Perú muy interesante, en el que las partes ponen justamente en su cláusula “las partes se obligarán a ir a la mediación antes de ir al arbitraje” punto, nada más, no dice nada más. Y entonces la parte demandante se va a al arbitraje y no agota la mediación previa pero como no agota la mediación previa si no hay ni un plazo, no hay ni una manera de manifestación, no hay un procedimiento establecido, no hay nada, solamente decía la cláusula “las partes se irán a la mediación” punto, y eso que, eso y nada es lo mismo.

S1: A pesar de que digamos pacta sunt servanda y a pesar de que hay una obligación sí pero cuál es el contenido de esa obligación y cuáles son los límites de esa obligación y entonces la parte demandante gana, la parte que pierde se va a la nulidad ante el tribunal constitucional y el tribunal constitucional dice el laudo es nulo porque no agotaron las partes la mediación, ósea que en ese caso el tribunal constitucional ordenó a las partes que se sentaran a la mesa y volvieran a empezar si arbitraje, ósea es una barbaridad pero la corte const...el tribunal constitucional dijo si no agotamos el mecanismo previo esto es una violación al debido proceso de las partes y sin meterme a... sin meternos a criticar o a analizar el razonamiento y la justificación, qué pasa en Costa Rica tiene un approach sumamente práctico y Costa Rica dice no pasa nada si no cumplimos la mediación.

S1: En la jurisprudencia constante del tribunal constitucional de Costa Rica dicen no pasa nada si no cumplimos la mediación porque no vamos a...de qué nos va a servir o cuál es el efecto útil de anular un laudo, regresar a las partes a la mediación y volver a empezar el arbitraje con todo lo que implica llevar un arbitraje, con todo lo que implica estar un año y medio o dos en procedimiento y pagar \$300,000.00 dólares de gastos y relitigar el asunto, solo por sentarnos a una mesa para decir negociamos? No, ya, cumplimos con el mecanismo, pues no. Así mismo...en ese mismo sentido van los estadounidenses, algunos casos en Francia, algunos casos en Suiza y tiene que ser por eso, ósea te cuento todo esto porque un elemento...hay dos elementos que me parece que hay que tener muy en cuenta.

S1: El primero es cuando redactamos la cláusula estar seguros y poner claramente cuándo se entiende agotado el mecanismo, segundo si ese mecanismo es condición previa o no para ir al arbitraje, se sugiere que no sea condición previa. Donde está un mecanismo, está la obligación pero no se sugiere o lo agotas, antes de que lo agotes no te surge el derecho para ir al arbitraje, ósea pensemos desde el punto de vista del negocio, si estoy presentando la solicitud de arbitraje es evidente que no me quiero sentar a negociar no? Entonces por qué me vas a obligar a negociar si ni tú ni yo queremos negociar. El problema de la mediación es que las partes no se puede obligar a nadie a llegar a un acuerdo no? Puedes obligar a sentarte a negociar, sí, pero no puedes, no te pueden obligar a llegar a un acuerdo.

S1: Entonces y ese es un argumento que dicen los costarricenses, hombre la mera presentación de la solicitud de arbitraje ya por sí mismo es una negativa de la parte para empezar la mediación. Entonces hay que poner muy claramente cuándo se entiende cumplido el mecanismo, segundo definir si queremos que sea condición o no para ir al arbitraje y el último, cuando surge la disputa y tenemos que implementar la cláusula estar seguros, mandar una cartita diciendo oiga lo invito a negociar o mediar si en 5 días o en 10 no me contestan entiendo que no tiene ganas y pasamos al siguiente paso, punto, se acaba el problema. Pero esos son los 3 aspectos que hay que cuidar, ósea los dos primeros cuando redactamos la cláusula y el último ya cuando surge la disputa.

E: Ósea en pocas palabras o en resumidas cuentas determinar expresamente y limitativamente la obligación que...

S1: No limitativamente, si no tener muy claro en qué momento se entiende terminado el procedimiento, el escalón previo, ese es el primero y el segundo, determinar claramente si es una condición previa para acceder al arbitraje no? Porque si decimos que es condición previa, yo no puedo empezar el arbitraje si no agoto la mediación y si por alguna razón no quiero ir a mediar, no me interesa ir a mediar, la vida de mi laudo está en peligro, me pueden anular el laudo porque yo dije que teníamos que sentarnos a negociar como condición previa y uno nunca sabe qué es lo que va a pasar en la ejecución de un contrato. Entonces se sugiere que no se ponga como condición previa de que legitime a iniciar el arbitraje porque de todos modos la posibilidad de mediar la tienes, las partes la tienen todo el tiempo, haya o no cláusula.

E: Desde el punto de vista de diversos autores, se considera que las cláusulas escalonadas se pueden considerar como un contrato en sí, ¿considera usted que una cláusula escalonada, como la cláusula MED-ARB, tiene una naturaleza contractual y es de carácter obligatorio en toda la extensión de la palabra? Explique su razón...

S1: Claro que sí, claro que es contractual porque al final del día es un acuerdo, no tiene ninguna otra naturaleza distinta, es una...es un contrato, punto. Y la obligatoriedad cuál es, pues la vinculación contractual que surge de los principios generales de contratación.

E: Como ya mencionó, la obligación va a depender de las partes y del contenido que pongan en la cláusula.

S1: Es que una cosa es la naturaleza y otra cosa es el contenido, en cuanto a la naturaleza de la obligac... la naturaleza de la cláusula pues claro que es un contrato no? Tampoco hay más, en cuanto al contenido de la obligación de mediar eso es distinto, no es, no hablamos de

naturaleza de la obligación sino hablamos de los límites en el contenido de los... del perímetro si quieres llamarlo, del perímetro de la obligación que establece el contenido, son cosas distintas.

E: Bueno, como mencionó y prosiguiendo ¿Qué elementos fundamentales considera imprescindibles para elaborar una cláusula escalonada como la cláusula MED-ARB?

S1: Ninguno distinto de los elementos de los elementos y requisitos de validez que los de cualquier contrato o acuerdo, exactamente los mismos.

E: Y bueno, de esos elementos del acto jurídico, ¿Cuáles elementos o qué elementos considera más controversiales cuando se elabora una cláusula escalonada como la cláusula MED-ARB y por qué lo considera controversial?

S1: ¿De cuáles elementos?

E: De los elementos de existencia y de validez...

S1: Ninguno es controversial.

E: No hay ninguno que diga éste es el que causa o puede causar más conflicto si no se lleva a cabo bien.

S1: No, ninguno. El problema no está en los requisitos de existencia y de validez, el problema está en la redacción, en el contenido de la obligación, que es muy distinto.

E: Bueno, podría profundizar ¿por cuáles razones consideraría que resultaría jurídicamente complicado combinar dos métodos de solución de conflictos si sus principios y esencias son diferentes como la mediación y el arbitraje?, y por qué lo considera así. ¿Ósea usted encuentra alguna complicación jurídica?

S1: Ninguna, no, complicación jurídica, ninguna. Absolutamente ninguna, complicación práctica. Ósea la complicación jurídica quizá la única que se puede vislumbrar es cuando no tienes claro un contenido, cuando la redacción no te permite establecer claro los dos elementos que hemos comentado, cuándo se termina, cuándo se termina y si es condición previa. La complicación jurídica vamos a decir que se presenta en esta parte es cuál es la consecuencia del incumplimiento. A todo incumplimiento, todo incumplimiento contractual necesariamente tiene una consecuencia jurídica no? Incumples y eres responsable no? Y eso ni si quiera es todo el tiempo, también depende, pero vamos a hablar en términos muy generales.

S1: El incumplimiento de mi obligación de mediar, y esa es la complicación, o qué, dicho de otra manera, qué consecuencia jurídica le voy a asignar al incumplimiento de la obligación de mediar, ese es el problema qué... cuál es la consecuencia. Si yo te incumplo una obligación, incurro en responsabilidad y me pagas no? Lo que sea que me tengas que pagar pero me pagas porque incumples en responsabilidad. Si tu incumples la obligación de ir previamente al arbitraje qué, qué pasa, cuál es la consecuencia de ese incumplimiento.

S1: En el ámbito comercial, en la generalidad ninguna, salvo que se haya establecido como condición previa para ir al arbitraje, si las partes establecimos como condición previa la mediación y si tu vas al arbitraje sin agitar la mediación y ganas, yo te puedo anular el laudo, te podría anular el laudo, tendría un argumento porque no agotamos el mecanismo previo, desde el punto de vista jurídico sería posible, desde el punto de vista práctico de negocios sería un absurdo total no? Si querías negociar o mediar nos hubiéramos sentado desde el principio o en cualquier momento del arbitraje pero ese es el problema que plantea, no tiene que ver, aquí lo que hay que tener muy claro es que no tiene que ver la problemática jurídica con la distinción de las naturalezas de la mediación y el arbitraje, ósea no tienen absolutamente ninguna relación, el problema está en cómo delimitamos la obligación de la mediación, ahí surge el problema jurídico, cómo delimitamos la obligación de mediación.

S1: En otros ámbitos, arbitraje de inversión por ejemplo y hay casos documentados, en donde las partes se saltan el mecanismo previo, el cooling of period de la mediación previa, y los tribunales han condenado a daños a las partes que han incumplido la obligación de mediar, con lo cual, dependiendo el contexto, dependiendo el tipo de tribunal y el tipo de arbitraje que se trate puede tener consecuencia cero o puede tener consecuencias graves como que te condenen a daños. Pero nuevamente, todo depende de la redacción que le demos a la parte de la mediación, que no tiene nada que ver la problemática que te cuento, no tiene nada que ver con la distinción de las naturalezas entre mediación y arbitraje, eso es absolutamente irrelevante.

E: Me podrá explicar un poco más, bueno ya las mencionó a la largo de la entrevista, pero si hay alguna otra cosa que quisiera agregar sobre las desventajas jurídicas de la implementación de una cláusula escalonada que le comentaba, aparte del contenido de la cláusula.

S1: Las desventajas ya ninguna otra adicional de las que ya hemos comentado, ninguna.

E: Me podría explicar ¿por qué considera que no se impulsa con mayor frecuencia el uso de las cláusulas escalonadas, como la cláusula MED-ARB, siendo que organismos nacionales e internacionales, como la Cámara de Comercio Internacional y la Asociación Americana de

Arbitraje, prevén dicha cláusula escalonada que contenga los métodos alternos más utilizados y notoriamente conocidos, como la mediación y el arbitraje?

S1: A mí no me parece que no se..., no me parece que no se promueva la utilización, al contrario, me parece que se promueve mucho...

E: ¿Y en el ámbito nacional? Bueno a lo mejor y tiene que ver más con el costo y el tipo de negocio pero a lo mejor en el ámbito nacional no se promueve tanto, no sé si haya algún problema de socialización, bueno al menos...

S1: No, aquí en el ámbito nacional, en el ámbito nacional sí que se promueve, está, sí, sí, hay organizaciones dedicadas a la mediación, instituciones privadas e instituciones privadas que se dedican al estudio y promoción de la mediación y tienes el... tenemos el boom de la justicia alternativa, en todos los estados tenemos ahora centros de justicia alternativa que están funcionando bastante bien, en donde las partes pueden ir a llevar sus mediaciones y sus conciliaciones y funcionan bastante bien y la gran ventaja de ir a ...someterse a una mediación, conciliación en este tipo de centros es que el convenio que obtengamos es cosa juzgada y es título ejecutivo, no así la mediación privada. Entonces, no, no, yo creo que al contrario, se promueve y se está promoviendo bastante.

E: Bueno, como última pregunta y de acuerdo a su experiencia profesional y lo anteriormente mencionado, me podría explicar jurídicamente y de manera concisa ¿por qué consideraría o no aplicar una cláusula escalonada, como la cláusula MED-ARB, en contratos del Sector Energético. No sé podría tomar por ejemplo los contratos de exploración y explotación.

S1: ¿Por qué sí o por qué no?

E: Ósea esa es la pregunta, ¿La considera usted que se debería utilizar o no y por qué?

S1: Se utiliza.

E: ¿Sí?

S1: Sí, ósea se utiliza...

E: Bueno ahí, ¿no le ve ningún problema?, ósea con la Ley de Hidrocarburos que diga “no a lo mejor es más fácil irse al arbitraje que andar...”

S1: No, no, no hay absolutamente ningún problema. Yo, por lo menos, no veo ningún problema con la utilización de la mediación principal...primero porque toda la ley lo contempla y la ley establece los mecanismos para ir a la conciliación y a la mediación como condición previa. Y la

cláusula que se utiliza, la cláusula modelo que se ha estado usando en Ronda 1 establece los parámetros muy claramente, hay otra problemática que se genera pero que no es cláusula MED-ARB, no deriva de la utilización de la mediación sino deriva de otras cuestiones y que tiene que ver puramente con el arbitraje que hay contratos en donde se pretende separar las cuestiones técnicas y jurídicas a fin de que el tribunal arbitral conozca solo de las téc...de las jurídicas y haya un experto, un perito que conozca sobretodo de las técnicas, pero eso es otra problemática. Hay una problemática en la determinación de la sede del arbitraje, en la institución organizadora, la autoridad nominadora de los autos pero eso no tiene nada que ver con la interrelación mediación-arbitraje. La sola mediación-arbitraje en contratos del Sector Energético no presenta absolutamente ningún problema.

E: Bueno ya terminando y resumiendo todo, ¿Quisiera agregar algún otro comentario que considere relevante y que no se haya mencionado antes?

S1: No, yo creo que no más repetir el comentario que hemos dicho, lo más importante es el contenido de la obligación y tener mucho cuidado cuando redactamos la cláusula de establecer claramente si es una condición previa y cuándo se entiende terminado el mecanismo, ese es el único punto, de en mi opinión, que puede generar problemas si no lo hacemos con cuidado.

E: Bueno, con esto damos por terminada la etapa de preguntas de la presente entrevista y se le vuelve a agradecer el tiempo, apoyo y colaboración brindada por el entrevistado, reiterándole que los datos, información y resultados derivados de esta entrevista quedan a su disposición para su consulta, además de que se le recuerda la confidencialidad de la presente entrevista siendo necesario recalcarle que resguardará su identidad y anonimato para el análisis de la misma.

S1: Muy bien, muchas gracias.

E: Gracias.

Entrevista semiestructurada 2

E: Buenas tardes, antes de comenzar propiamente la sección de preguntas, procederé a presentarme y hacer mención de algunas cuestiones relevantes, para el desarrollo de la entrevista. Mi nombre es Melissa Guadalupe Adame Rivera, tengo el grado de Licenciada en Derecho por la Universidad de Monterrey, actualmente soy estudiante del Programa de Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, impartido por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

E: El tema de mi tesis es sobre “Las cláusulas MED-ARB” en la solución de conflictos del Sector Energético”, el cual tiene como hipótesis encontrar los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos del sector energético internacional, misma que se buscará comprobar a través de la aplicación de un método cualitativo como es la entrevista semiestructurada.

E: De antemano, se le agradece primeramente al entrevistado por su tiempo, disponibilidad, y opinión respecto al tema que nos ocupa, siendo preciso señalar que su participación es de valiosa importancia para el análisis del tema antes señalado. De la misma manera, se le hace conocer al entrevistado que sus datos personales e identidad permanecerán en el anonimato, salvo manifestación contraria del sujeto. Al igual se le comunica que la presente entrevista será grabada en audio para cuestiones meramente de análisis y estudio de las respuestas otorgadas.

E: Es menester informar al entrevistado, que los datos, información y resultados de la presente entrevista quedarán a su disposición si desea consultarlos, así como también se aceptarán aclaraciones, sugerencias y comentarios que quisiera aportar y considere que serán de valor para la presente entrevista. Una vez dicho lo anterior, se procederá a realizar las preguntas al entrevistado, a modo de presentación y descripción de su competencia, capacidad y valor que aportarán sus opiniones al tema a investigar.

E: Primeramente de manera breve y clara, ¿podría mencionar su trayectoria académica, y profesional, así como el puesto que desempeña actualmente, relacionado con los métodos alternos de solución de conflictos?

S2: Soy Licenciado en Derecho por el Tecnológico de Monterrey. Actualmente curso Maestría en Derecho de Empresa, en la Universidad de Monterrey. He tomado distintos entrenamientos en Arbitraje Comercial, principalmente Arbitraje Comercial Internacional, tanto por la CCI, tanto aquí en Monterrey, como en su centro de audiencias en París, un entrenamiento

intensivo en Arbitraje Comercial Internacional por la Universidad de Fordham también y desde hace dos años a la fecha, que más o menos fue cuando iniciamos formalmente, fundamos y yo coordino y dirijo el área de métodos alternos aquí en el despacho.

E: Muy bien, en su experiencia profesional que acaba de mencionar, relacionada con los métodos alternos, ¿cuál es su opinión de la eficacia y resultados de dichos métodos?

S2: Son muy eficaces, son métodos que si se ejecutan de una manera adecuada, con inteligencia, pueden lograr resolver conflictos muy específicos, de mucha cuantía o de mucha especialidad, en tiempos récord, que les pueden ahorrar mucho tiempo, dinero y desgaste a las partes involucradas. Se puede optar por este tipo de vías cuando se quiere evitar caer en la jurisdicción estatal, por muchas razones que pueda llevar, ósea no nada más es el elemento de desconfianza en el poder judicial o el elemento de que el poder judicial pueda llegar a ser muy tardado en sus decisiones. Puede haber más de una, y pueden arrojar que la mejor decisión sea un método alternativo, o bien, puede arrojar que la estrategia diga qué mejor método para resolver la controversia es el método judicial. Todo depende sobre todo del asunto, la cuantía, la especialidad, las partes involucradas también tienen que ver mucho con eso, pero sí es un método efectivo cuando se planea de manera adecuada, cuando se ejecuta con inteligencia, puede ser un gran, gran apoyo para resolver controversias.

E: Muy bien, ¿qué opinión tiene usted respecto a la aplicación de los métodos alternos de solución de conflictos utilizados en su conjunto o combinados, o de los llamados métodos escalonados para resolver el conflicto?

S2: Son muy efectivos, cuando, nuevamente, se redacta una cláusula compromisoria de manera adecuada. No debemos de perder de vista que la finalidad de todo método de resolución de conflictos, ya sea alternativo o el tradicional (el judicial), es el precisamente resolver un problema. Sin embargo, la última instancia siempre debe de ser la instancia contenciosa, la litigiosa, debemos de procurar que ya sea un litigio judicial un litigio arbitral, esa sea siempre la última, el último recurso disponible, y es por eso que se opta por voltear a ver este tipo de soluciones mixtas, donde podamos acordar entre las partes, agotar una instancia previa (o varias instancias previas), ya sea la mediación, de conciliación, alguna negociación, o algún otro mecanismo como un “expert advice” o un “dispute board”, todo con el fin de, en el menor tiempo y con mayor eficacia, resolver algún conflicto que quizás no valga la pena llevarlo hasta una instancia jurisdiccional, por el hecho que podría desgastar más la relación y podría truncar el negocio.

S2: En la mayoría de los casos, es que tipo de cláusulas se utiliza para proyectos de mediano y largo plazo, o de algún grado de especialidad o cuantía muy sustancial en donde las partes, a toda costa, prefieren en lugar de caer inmediatamente en un conflicto que les vaya a generar un costo mucho más alto que cualquier otro beneficio, procuran diseñar estas instancias previas, para lograr darle solución a los conflictos antes de que no haya nada más que hacer que recurrir a la decisión de un tercero por la vía contenciosa.

E: Muy bien, prosiguiendo, ¿cómo considera que los métodos escalonados pueden aportar más a la gestión de conflictos que un método alternativo de solución de conflictos por sí solo? Bueno ya lo mencionaste, pero ¿alguna otra cosa?

S2: Este es principalmente eso, yo he visto casos donde se establecen desde tres hasta cuatro instancias previas de métodos alternos antes de llegar al arbitraje, o antes de llegar a litigio. Se establecen a lo mejor rondas de negociación, y si esas no son fructíferas, entonces ya se establece el traer a un experto que decida la controversia, si las partes no están de acuerdo, entonces se tratan de conciliar y posterior a eso, si de plano no se llega a ningún acuerdo, entonces ya se desemboca en el litigio o el arbitraje. La idea de todo esto es, de nuevo, llegar a la solución más rápida y más eficaz en cuanto a costo-beneficio para las partes. Estamos hablando que la mayoría de estas cláusulas son utilizadas en proyectos en donde las partes quisieran a toda costa evitar que todo desemboque todo en un litigio.

S2: Este tipo de conflictos que se dan a raíz de este tipo de negocios, son conflictos técnicos por incumplimientos u omisiones generalmente vagas o muy intrascendentes para el negocio en su totalidad y, por lo mismo, las partes entienden que no es conveniente andarse peleando por cada una de esas cosas, y sobre todo, andarse peleando en una vía que les va a costar mucho dinero, el constituir un tribunal arbitral, los honorarios de los árbitros, los honorarios de los abogados, los honorarios del centro de arbitraje si es que van con una institución que lo administre, o bien lo mismo, pero menos los árbitros en una instancia judicial, que es todavía más requisitosa, con procedimientos muchísimo más extensos, con un desgaste mucho más acrecentado para las partes, por un problema que se pudo haber arreglado en una simple conciliación, mediación, si tan sólo las partes se hubieran dado el tiempo para sentarse a la mesa y charlar un poco sobre ello, pues realmente si es una ventaja o es un camino mucho más atractivo, cuando se trata de negocios de principalmente infraestructura de miles de millones de pesos.

S2: Entonces, la gran ventaja, o la gran utilidad que ofrecen estas cláusulas híbridas es que las partes se están comprometiendo y se están obligando a someterse a negociar o mediar, si se puede de buena fe porque se supone que la buena fe es lo que media en todos estos métodos

alternos, aunque no es una obligación, este pero se están comprometiendo a agotar esas instancias previas antes de irse a un conflicto ya al 100%, y eso es la idea detrás de ello, es tratar de salvar el negocio lo más que se pueda, inclusive estando ya en presencia de un conflicto, a diferencia de simplemente arreglar la disputa, que arreglar la disputa no siempre salva el negocio.

E: Tiene razón, prosiguiendo con las preguntas, ¿cuáles métodos escalonados de los que ya mencionó, o algún otro que no haya mencionado, considera que son los más utilizados actualmente?

S2: En cuanto a cláusulas escalonadas, siempre las que más se utilizan son mediación y arbitraje, o bien conciliación y arbitraje. En sentido teórico, sabemos que la mediación y la conciliación, a pesar de ser muy similares, se distinguen por la función del mediador y la función del conciliador, si puede ofrecer soluciones. Pero en sentido práctico, son exactamente lo mismo. Ósea sí es un método de mediación de un conflicto, pero al final del día son las partes las que van a acordar la solución, independientemente de donde provenga la idea de dicha solución. Ósea no vas a encontrar una parte que diga, “no señor juez, fíjese que el acuerdo de mediación que yo tengo aquí lo quieren validar, porque fíjese que el mediador me ofreció la solución”, no, no va a pasar ahí.

S2: Este, entonces ya sea mediación y/o conciliación, siempre es, por antonomasia, el método que se elige previo a un arbitraje, o bien, previo a la instancia judicial. Eso es en la práctica el ejemplo más recurrente que vas a encontrar, sin embargo, existe otro tipo de métodos que también son muy buenos, se ve cada vez más seguido la figura del experto o el perito en discordia que puede decir cosas de una manera técnica para ciertas consultas entre las partes, o bien, si hay realmente una disputa en el cumplimiento en la ejecución de un proyecto, se utiliza mucho esta figura de los “dispute boards”, que se ha hecho muy popular a raíz que la ICC sacó las reglas, en donde se tiene un panel de tres expertos decidiendo sobre cómo se va a ejecutar una obra, y ya al final las partes se pueden remitir a un arbitraje o un proceso judicial, si están en desacuerdo con cómo se llevó el “dispute board”. Esos son, digamos que, los principales antecedentes al arbitraje o los principales antecedentes al litigio judicial, pero sí, definitivamente la más utilizada es la conciliación y/o la mediación. Eso es lo que más se ve, sobre todo en proyectos grandes de infraestructura.

E: Una duda, en su opinión, ¿considera que la mediación y conciliación es un método escalonado o es un sinónimo? Ósea porque hay partes que dicen “no, es lo mismo”, y hay otra parte que dice son cosas distintas pero su opinión...

S2: En mi opinión mira, la opinión académica te va a decir que son dos cosas distintas. Por las atribuciones que se le permiten al tercero, ya sea el conciliador en este caso, que se le permite proponer soluciones pero para efectos prácticos, es lo mismo. Este no te diría yo que se debería de manejar como un sinónimo porque si la ley sí hace ese tipo de distinciones, entonces hay que cuidar sobre todo a la hora de redactar nuestra cláusula compromisoria, no redactarla de tal manera que pudiese llegar a truncar el proceso de conciliación, o bien el proceso de mediación por no haber tenido este pequeño elemento académico o teórico en cuenta. Yo sería más de la idea de que la conciliación y la mediación son dos formas distintas de una sola institución de métodos alternos.

S2: Si bien es cierto, las atribuciones de nuevo del tercero se dividen, se diferencian una de la otra, la finalidad es la misma, las partes son ultimadamente quienes están en la mesa discutiendo sus posturas, un mediador está facilitando la comunicación, ese mediador puede o no tomar los mismos elementos que las partes ya están aportando para solu...para ofrecer posibles soluciones, pero al final del día es un método similar, y se llega a una solución de la misma manera, a un acuerdo entre las partes, aprobado entre las partes, y no es una decisión aportada por un tercero, como lo sería un arbitraje, como lo sería incluso un “dispute board”, como sería un “expertise”, como lo sería un litigio judicial. Entonces, realmente en la práctica son exactamente lo mismo, yo te diría que la conciliación más bien es como una mediación un poquito más especializada o un poquito más avanzada, pero se deben de utilizar con mucho grado de cuidado, sobre todo al momento de redactar la cláusula.

E: Muchas gracias por la aportación. ¿Cuándo y dónde se ha encontrado con la aplicación de los métodos escalonados? En general, después podría especificar.

S2: En general, lo ves en contratos de grandes cuantías, hay veces en donde también los ves en contratos de consumo, los ves en contratos de servicios financieros, se ve mucho donde primero se va mediar, primero van a conciliar antes de irse a cualquier otra instancia. Pero en donde más se ven es en proyectos de construcción, proyectos de infraestructura, ya sea pequeños, medianos o sobre todo en los más grandes, en miras de contratar con alguna entidad, algún gobierno de estado o algún gobierno de otro país. Se utilizan mucho, como te digo, para tratar de salvaguardar lo más que se pueda la integridad del negocio. No es un negocio pequeño, y como se utilizan principalmente en transacciones que surten sus efectos a lo largo del tiempo, no es simplemente una compraventa en donde yo te voy a comprar un carro, y si tenemos una diferencia, pues nos vamos a ir a la mediación, y después de la mediación nos vamos a ir al arbitraje, cuando realmente la transacción sucedió en un lapso de 10 minutos, llegas, compras tu carro, te vas de la agencia y ya tienes tu carro.

S2: Bueno en la ejecución de todo un proyecto, construcción de una planta termoeléctrica que te va a durar de 4 a 5 años de construcción, que se van a invertir miles de millones de pesos, ya sea si es un proyecto ya de mano de financiamiento que va a tener que conseguir el constructor, o bien, si son entregas parciales de pagos que va a tener que hacer el erario público de ese país o de esa entidad, lo que quieres es salvaguardar lo más que puedas la integridad del negocio, quieres que el negocio se haga, por qué, porque ultimadamente nadie está, salvo los abogados, en el negocio de andarse peleando. Este están en el negocio el constructor, su negocio es construir y recibe una contra prestación; el Estado, su negocio es desarrollar infraestructura de la mejor calidad y pagar por ella.

S2: Entonces teniendo o respetando el espíritu de esa transacción es que las partes optan por este tipo de mecanismos, para tratar de estirar lo más que se pueda la fase conciliatoria o de arreglo antes de recurrir a la fase de pleito porque un problema puede tener su solución, ya sea en la fase del arreglo de “vamos a conciliar, vamos a recurrir a un experto, vamos a constituir un panel de tres especialistas que nos digan por donde nos vamos a ir”, antes de decir “bueno ya nos peleamos y ahora sí vamos a ver quién gana y quién pierde” porque entonces ahí, realmente, por este tipo de negocios no son nada más las dos partes quienes pierden sino por un lado tienes los inversionistas, tienes a las instituciones bancarias que dieron el apalancamiento financiero, tienes por supuesto los contribuyentes de ese estado, tienes por supuesto los usuarios de esa infraestructura fallida. Entonces entre más riesgo y entre más complejidad tenga el negocio, es donde más atención se le pone al posible surgimiento de un conflicto y, por ende, se le tiene que poner mucha más atención a qué tipo de soluciones se van a acceder para tratar en la medida de lo posible de salvar el negocio antes de simplemente obtener un fallo a tu favor.

S2: Ósea, como te digo, no siempre la solución de una disputa salva el negocio, entonces aquí en este caso la principal razón detrás de este tipo de cláusulas es tratar de salvar el negocio, tratar de que una vez que surja el conflicto, podemos hablar sobre ello, podemos arreglarlo aquí en la mesa para poder continuar el negocio, para poder salvar la condición jurídica, para que no nos desgastemos como contrapartes en un proceso contencioso, y así lograr nuestro cometido que fue el mismo que teníamos en mente a la hora que firmamos el contrato. En este tipo de relaciones muchas veces las fricciones o las disputas son inevitables, sin embargo, no es el fin del mundo, y esta es la finalidad de este tipo de controversias. Ósea porque en un contrato de infraestructura de 5 o 6 años puedes tener muchísimas disputas a lo largo de esos 5 o 6 años y a lo mejor todas las puedes resolver antes de llegar a un litigio, ya sea arbitral o jurisdiccional, o puedes solucionarlas todas o al menos el 98% de ellas las puedes llegar a

solucionar vía conciliatoria previa a un litigio, entonces pues qué mejor, te ahorras mucho tiempo, dinero y desgaste.

E: En el caso de la mediación-arbitraje, como método escalonado de solución de conflictos, ¿cuántas veces o qué tan frecuentemente ha encontrado estas cláusulas en contratos mercantiles o civiles? Bueno profundizando en lo que ya había mencionado.

S2: Se encuentran mucho, te digo sobre todo, en proyectos grandes, de obras grandes, más que en civiles, en contratos mercantiles porque son ya contratos con compañías que se dedican precisamente...ósea ese es su giro, producir grandes proyectos y obras, y con la finalidad de ahorrar costos o de mermar riesgos en la medida de lo posible, se optan por este tipo de cláusulas para...como dice el dicho en inglés “plan for the worst, hope for the best”, entonces en este caso decimos “sabes qué nos llevamos bien, tenemos este el mismo proyecto en mente y yo lo sé ejecutar bien, tú tienes el recurso para pagarlo, este todo va a salir bien, nada va a salir mal, nos vamos a llevar de maravilla a lo largo de este tiempo que vayamos a ejecutar el proyecto pero por si las dudas vamos a establecer reglas claras de cómo nos vamos a conducir en dado caso de que algo salga mal”.

S2: Entonces esta es la idea o esa es el análisis que debe de tener o que deben de tener las partes a la hora de suscribir este tipo de contratos. Yo principalmente lo he visto, te digo, más que nada en contratos mercantiles, se ve mucho este tipo de contratos cuando tienes contratos o proyectos de infraestructura con el gobierno, o para efectos prácticos, yo acabo de ver uno de la CFE, en donde está previendo una etapa de mediación previa a una instancia de litigio en este caso, ahí sí no se preveía el arbitraje pero te das cuenta que este tipo de cláusulas mixtas o híbridas, no solamente son algo poco común sino es algo muy frecuente sobre todo en proyectos donde, de nuevo, quieres salvar la integridad del negocio, más allá de simplemente que alguien me dé la razón porque eso no siempre te va a ir muy bien, sobre todo si eres “ahh no esta persona no cumple y sí el tribunal le dio la razón” pero ya sea que se vaya por esa vía belicosa, por la vía conflictiva, en lugar de tratar de ser alguien que provea soluciones.

E: Cuando menciona el caso, considera que son frecuentes las cláusulas escalonadas, ¿pero a nivel local? Ósea a nivel internacional es obvio, ya hay ejemplos e incluso en el internet e igual nacional por lo que menciona del sector energético pero a nivel local...

S2: Local, ¿Monterrey?

E: Local, estatal...

S2: A nivel local no se ve tanto, principalmente porque los grandes proyectos de infraestructura tienen alguna subvención federal, entonces se lidian más con contratos de la SCT en temas de infraestructura de carreteras por ejemplo, infraestructura hidráulica, infraestructura energética pues es CFE o PEMEX. Entonces realmente contratos de ese tipo, de infraestructura, sí se ven en algunas ocasiones pero en general, cuando no son de sector público, hablando del sector privado, existe en esta plaza un serio desconocimiento en la materia de los métodos alternos. Es un tema cultural. De hecho me tocó leer hace relativamente poco un artículo, en donde decía que por tema cultural en China, por estar mucho más adscrito a los principios de Confucio, el método para resolver disputas era la mediación o conciliación.

S2: Y tenía una aversión natural hacia el arbitraje o a un proceso judicial o arbitraje porque consideran que no era decoroso el tener...el procurar así una disputa abierta, y a partir de la apertura cultural, perdón, a partir de la apertura comercial que ha tenido China en últimos 20 años, pues esta tendencia ha tenido que cambiar forzosamente, y se han ido aperturando poquito más al tema de arbitraje. Sabes que en contexto internacional, el hecho de tener que lidiar con una jurisdicción foránea o extranjera es un verdadero dolor de cabeza, además de que no puedes estar 100% seguro de que te van a dar un trato equitativo, entonces por eso se vio tan importante el crecimiento del arbitraje y de los métodos alternos en general en las transacciones transnacionales.

S2: Aquí en Monterrey, tenemos también un cierto asentamiento cultural natural hacia el litigio, todo lo queremos solucionar vía litigio y no somos una sociedad que esté todavía muy abierta a abrir el debate o abrir la llave hacia otros métodos, es algo que apenas está creciendo principalmente en la mediación que ha cobrado muchísima relevancia en el Estado. El Centro Estatal de Métodos Alternos se ha distinguido por sus grandes avances en la oferta de mediadores, sobre todo en materia familiar y penal. El Estado de Nuevo León ya está otra vez haciendo un poquito de parteaguas en su sistema jurídico, introduciendo las medidas de justicia restaurativa en la materia penal, todo a través de métodos alternos, todo a través de la mediación, sin embargo, en temas como el arbitraje, esta es una plaza en la cual es una disciplina que está emergente.

S2: En México en general, pero sobre todo en Monterrey, es una cultura emergente, vemos muchos más arbitrajes en la Ciudad de México, desde la Ciudad de México. A nivel profesional se ven pocos abogados o pocos despachos que se dedican de lleno constantemente a estos temas aquí en Nuevo León, sin embargo, no es una tema neófito, digo yo acabo de terminar un arbitraje en el que fui árbitro, no abogado, pero un asunto aquí de Monterrey y acabamos de dictar laudo en agosto. Entonces es algo que si bien es cierto, no está todavía tan a flor de

piel en la cultura diaria de la práctica jurídica, es algo que cada vez cobra mayor relevancia porque, no por nada, si es una ciudad industrial, la capital industrial del país, es obvio que naturalmente nos vamos a tener que ir mudando a estas otras alternativas que ya se están volviendo no la excepción sino la regla, sobre todo en nuestras acciones que trascienden nuestras fronteras por lo prácticas y cómodas que son, y efectivas que son.

E: Continuando y bueno aparte de la culturización y contexto de nuestro entorno, ¿qué razones consideras relevantes también para determinar la frecuencia de utilización de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos civiles y mercantiles?

S2: Yo lo llamaría una cuestión de estrategia, ultimadamente realmente te lo estaba mencionando, cuando tú haces un negocio, tu no haces un negocio con la idea de “me voy a pelear con esta persona”, no, al contrario, tú estás esperando que toda vaya a salir bien entre ustedes, tú le vas a proveer un servicio o un producto y esta persona te va a remunerar con una contraprestación o al revés, o lo que ustedes decidan sino ultimadamente la libertad contractual de las partes es absoluta dentro de lo lícito y posible. Este es que tanto conviene tener un método alternativo de este tipo, sabemos que la tutela de la justicia está de manera exclusiva consagrada en las facultades del Estado, sin embargo, el Estado tiene la responsabilidad de proveer mecanismos alternativos de solución de conflictos, además de que estos mecanismos alternativos por no estar tutelados por el Estado, ya no son gratuitos la mayoría de ellos. Entonces para ejemplos prácticos para una compraventa de un vehículo, yo no te recomendaría mucho un arbitraje, porque los honorarios del árbitro y el tiempo que te puede tomar el arbitraje a lo mejor te puede salir casi igual de caro que el precio del vehículo, o un poquito más incluso.

S2: Entonces todo tiene que ver con la estrategia, qué negocio es. Si es una materia relativamente sencilla, si es una materia que en la ley ya se prevé un mecanismo especial para ello. Por ejemplo, yo no me voy a ir al arbitraje para cobrar un cheque, si tengo la opción del ejecutivo mercantil. Es más que nada el saber el negocio, la cuantía y la especialización de ese mismo negocio, me da pie o no me da pie a que me convenga un método alternativo de solución de controversias. Necesito que la persona que esté resolviendo a fondo el asunto tenga un cierto grado de especialización en la materia, o lo puede hacer una persona que no tenga tanta experiencia, simplemente con el testimonio de un perito calificado. La cuantía es lo suficientemente considerable como para querer sacarlo de manera más rápida y con alguien más especializado y, sobre todo, es tan grande como para que no me vaya a comer este juicio en costos, porque no queremos un juicio que nos salga más caro pero como dice el dicho “más caro el caldo que las albóndigas”, no queremos eso.

S2: Y por último, me iría también al hecho de si las partes están en una disposición para irse a este tipo de mecanismos, me ha tocado más de una ocasión en donde tenemos un método alternativo en nuestra cláusula, tenemos ya sea a mediación, tenemos el arbitraje y cuando no ves una disposición de sentarse a mediar de la otra parte, tu proceso está condenado a fallar, está condenado a la catástrofe, al desastre porque esta persona no se va a comprometer, no va a sentarse a la mesa y tratar de mediar de buena fe, entonces eso trunca las posibilidades de tener un proceso exitoso. Por eso siempre tienes que ponerle mucha atención al negocio, para ver si da estratégicamente la posibilidad de que se resuelva exitosa y efectivamente a través de un método alternativo pero sobre todo ver a las partes dentro del asunto, y ver si éstas son partes que van a ser accesibles a una solución pacífica a través de estos mecanismos.

E: Muy bien, de la misma manera, ¿podría mencionar qué problemas y desventajas jurídicas tendría la elaboración y aplicación de la cláusula escalonada, como es la cláusula MED-ARB?

S2: Las patologías principalmente. A la hora de redactar una cláusula compromisoria, nosotros sabemos que en cualquier negocio tenemos como garantía constitucional el acceso a la justicia gratuita y expedita por parte del Estado, nada más que la justicia gratuita y expedita por parte del Estado, siempre es gratuita sí pero no siempre es expedita o no siempre está tan especializada o no siempre se quiere recurrir a los tribunales estatales porque se quiere proteger una relación comercial o un secreto industrial o simplemente se quiere optar por un proceso mucho más sumario con gente que está más preparada, calificada, gente que sea de confianza o simplemente las partes así lo quieren acordar, ultimadamente se puede, está consagrado como derecho constitucional también, el artículo 17 dice que “El Estado deberá proveer mecanismos alternativos de solución de conflictos”.

S2: Eso ya está ahí como derecho humano que tenemos nosotros. Entonces los problemas para aplicar uno de estos mecanismos casi siempre vienen en la redacción o en la mala redacción de una cláusula compromisoria. Cómo, por ejemplo, estableciendo que cualquier desavenencia derivada de este contrato, las partes podrán acceder, esa palabra de “podrán” acceder a un mecanismo alternativo de conflictos, a la hora de que lo haces optativo y no imperativo, ya le estás dando a una de las partes la oportunidad de salirse de la obligación de mediar o arbitrar su conflicto, y puede irse al poder judicial.

La otra es, establecer, si van a hacer realmente una cláusula escalonada en donde tú vas a querer diseñar un plan de pasos a seguir o de etapas a seguir dentro del proceso de solución de conflictos, ahí es lo que yo llamo la cascada procesal de tu cláusula, es decir, primero nos vamos a ir a la mediación y luego a la conciliación, y luego al arbitraje, entonces en ese caso debes establecer exactamente la obligación de tener que agotar todas esas instancias, el orden

bajo el cual vas a agotar esas instancias y sobre todo, y esto es muy importante, establecer tiempos claros para cada una de esas instancias porque entonces te puedes llevar 3 años en una mediación y luego “es que estamos mediando, estamos mediando, estamos...”, “no no, es que dice ahí que primero tenemos que ir a la mediación antes de ir al arbitraje, no es que la otra parte, la otra parte lo está haciendo muy difícil y ya sabes que ya vámonos al arbitraje” porque dice la otra parte “es que yo aquí estoy mediando y ese es un requisito y no hemos acabado aquí”.

S2: Entonces es muy fácil a veces que ante alguna redacción ambigua o mala en una cláusula compromisoria, una parte terrorista en sus tácticas la quiera aprovechar para dilatar el asunto lo más que se pueda. O bien, si no tenemos una redacción que sea impositiva, que es más optativa de esas cláusulas, muchas de esas partes, sobre todo aquí en la localidad, van a querer judicializar el proceso y simplemente descartar la opción del método alternativo e irse directamente al tribunal. Entonces es importante delimitar todo este tipo de situaciones que pudieran llegar a atentar con el correcto desempeño de la cláusula.

E: Desde el punto de vista de diversos autores, se considera que las cláusulas compromisorias se pueden considerar como un contrato, o son de naturaleza contractual. ¿Considera usted que la cláusula escalonada, como la cláusula MED-ARB, tenga naturaleza contractual y es sea de carácter obligatorio?

S2: Por supuesto que sí. Hay un principio que sirve para todas las cláusulas compromisorias, principalmente en la de arbitraje pero en general sí sirve para todas las cláusulas compromisorias, que es el principio de autonomía y/o separabilidad de la cláusula. Este principio nació por una táctica que se estaba utilizando en el litigio para truncar la posibilidad de irse a los métodos alternos, es decir, “no señor juez, este contrato es nulo y, por ende, todo el contenido del contrato es nulo, nos tenemos que ir a un juicio”. Entonces, la parte que había pactado de buena fe la cláusula arbitral, se ve también afectada en su posibilidad de irse a resolver ese conflicto mediante el mecanismo que esa parte eligió, entonces se vuelve mucho ese tema, como ese tema nacieron muchos otros problemas que la práctica de los métodos alternos a nivel internacional y eso ya sea transmitido y sea agotado también a nivel nacional es que se les debe dar un tratamiento aparte, separado del contrato que les dio origen, se les trata como un contrato, como un acto jurídico independiente, que sí está ligado al contrato principal, pero no es accesorio a éste, por qué, porque de esta manera se le da la importancia y la fortaleza necesaria a esta cláusula para que prospere ese MASC.

S2: Lo mismo pasa con temas de jurisdicción, quién tiene la jurisdicción para decir si los árbitros son competentes o no. Muchas veces, la jurisdicción del árbitro se impugnaba por la vía judicial

y era el juez el que decidía y el tribunal arbitral nunca se podía conformar. Entonces ahí es donde empezó el principio de “competence-competence”, de quién tiene la competencia para decidir sobre su propia competencia, y es el árbitro quien la tiene, por qué, porque de lo contrario se suspendían los procesos arbitrales indefinidamente con múltiples e incesantes procesalismos judiciales para truncar precisamente el método alternativo de resolución de conflictos. Entonces por eso es que la comunidad internacional y en gran medida el poder judicial nacional, han reconocido la independencia que deben de tener del contrato del negocio que les dio origen, para que entonces puedan tener éxito estas cláusulas. Ultimadamente, si el negocio es válido o no es válido, la cláusula va a ser válida por sí misma, y debe de observar por lo mismo todos los elementos que todo acto jurídico debe observar para que pueda ser válido. Entonces, ahí es como se vuelve una fuerza autónoma que puede regir la suerte del conflicto del negocio que se trate.

E: Muchas gracias, ¿qué elementos fundamentales considera imprescindibles para elaborar una cláusula como la cláusula MED-ARB?

S2: Pues la verdad, todos.

E: Excepto la solemnidad.

S2: Bueno excepto la solemnidad porque debe ser creo que en México nada más el contrato de matrimonio es el único que todavía tiene solemnidad, o si acaso algún contrato oficial a la hora de tomar posesión de algún cargo público, creo que también ahí hay una ceremonia al respecto. La verdad es que los de validez. Los dos de cajón que es el objeto posible y el consentimiento, no olvidemos que la parte toral que le da génesis a un método alternativo de solución de controversias es la manifestación de la voluntad. Si a eso le agregamos los elementos de validez, el principal de ellos es el de la forma, tiene que mediar un acuerdo por escrito donde las partes expresamente someten sus controversias a este método alternativo.

S2: Tenemos eh...está la forma, está obviamente el tema de que exista también la capacidad para contratar, que no haya ningún vicio de capacidad, que se cuente con la personalidad adecuada también, cuántas veces hemos tenido el caso de que quien firma el contrato pues realmente no tenía capacidad para obligarse o para obligar a su representada, y después tenemos con que esa persona no estaba en facultad de suscribir ese acuerdo arbitral y ultimadamente, esa persona por suscribir ese acuerdo, podemos tener todo nuestro arbitraje, se podrá desarrollar pero al final del día, esa puede llegar a ser causal de nulidad del propio laudo arbitral.

S2: Entonces es muy importante cuidar todo eso y, por último, está la licitud en el objeto, que aquí en México principalmente es que el objeto, ahí ya entramos en temas de arbitrabilidad y orden público, pues obviamente no estamos...estamos optando por algo que es legal, que es lícito, que es un método alternativo, sin embargo, la materia que se pretende arbitrar o mediar debe de ser una materia que las leyes permitan. En México es inarbitrable la materia familiar, por ejemplo, entonces es muy importante que sea posible hacerlo de acuerdo a la ley. Pero sí son importantes todos los elementos de existencia para que puedan existir y de validez para que después mi MA no se trunque en una etapa posterior, como por ejemplo cuando me anulan un laudo porque no se seguí esos elementos de existencia al momento de conformar la cláusula.

E: ¿Usted considera la causa como un elemento de existencia? Dentro del ámbito internacional...bueno es un comentario que hizo uno de los entrevistados, que la causa en el ámbito internacional se considera como un elemento de existencia.

S2: Pero a qué te refieres con la causa.

E: Es...yo lo interpreto como el objeto, o la razón por que se va a someterse o se quiere establecer la cláusula compromisoria pero ahí sí yo no la contemplo.

S2: Pues no sé, en todo caso sería muy similar al objeto, o bueno en este caso podría ser... porque yo no he escuchado o no he leído pues hablar de la causa en sí pero así como dices, infiero que dentro del contexto se puede asemejar a lo que es el objeto directo y el objeto indirecto en un acto jurídico. En este caso el objeto directo sería la mediación o el arbitraje, y el objeto indirecto sería la materia o el asunto que se va a mediar o arbitrar. Pero ultimadamente, yo creo no es tan necesario realmente que la causa en sí sea un elemento de existencia o de validez, a menos que esa causa sea algo como lo que dije hace rato que no sea una materia arbitrable por ejemplo. Pues ahí no...podemos en un contrato...en un convenio fiscal con Hacienda, podemos decir "sabes qué vamos a arbitrar cualquiera de nuestras diferencias", pero obviamente ahí el objeto es posible, sí se puede arbitrar, más no lícito. Entonces a lo mejor ahí sería una causa ilícita, ósea porque el objeto indirecto sería arbitrar la materia fiscal cuya jurisdicción es exclusiva de los tribunales fiscales, pues ahí no se podría. En ese contexto, bajo esa interpretación, pues se podría decir que sí, sin embargo, más no es un elemento que yo he visto que se maneje por todos los juristas.

E: Gracias, bueno de los elementos que ya mencionó, ¿cuál considera más controversial, en la cláusula escalonada, como lo es la cláusula MED-ARB?

S2: El objeto más controversial siempre es el consentimiento, y ese es de existencia incluso ese elemento, por qué, porque se puede dar en las dos vías, las partes que están tratando de arbitrar una disputa muchas veces se encuentran con que no lo pueden hacer si no es forzosamente aceptado por las dos partes de una manera expresa y tangible pues, física, de forma por escrito pues. Sin embargo, eso a nivel internacional pues tiene muchas interpretaciones, en Estados Unidos sobre todo, en una jurisdicción como la de Estados Unidos, una aceptación formal por escrito se pueda dar incluso vía correo electrónico, puede no haber cláusula arbitral como tal, como la habría normalmente en un contrato de cláusula vigésimo tercera “resolución de conflictos bla bla”, no, allá es simplemente este negocio te gustaría someterte al arbitraje en dado caso de que..., si le contestas “sí”, eso ya es una aceptación formal, entonces ese tipo de aceptaciones como se pueden dar...empecemos por el supuesto de que no siempre se dan, por más que quieras tu acceder a este tipo de mecanismos si no tienes el consentimiento expreso de tu contraparte, no lo vas a poder lograr por más que tú quieras, por qué, porque esta es la condición que exige la ley para que ambas partes puedan someterse obligatoriamente o vinculatoriamente a este tipo de mecanismos, eso es por un lado.

S2: Por otro lado, también se da la otra cara de la moneda, en donde muchas partes acceden y expresamente se someten a este tipo de mecanismos sin realmente conocer en qué se están metiendo. Hace una o dos semanas me tocó leer en un artículo, te o voy a mandar, del New York Times, un artículo de 3 partes interesantísimo, de toda la otra cara de este tipo de métodos de cuando se abusa en contra de los usuarios, encuentras muchas veces...[interrupción de una llamada del sujeto entrevistado]. Más que nada se dan muchísimos casos en donde usuarios, sobre todo de productos de consumo, productos automotrices, productos financieros, firman contratos de adhesión, en donde la cláusula de cajón es una cláusula arbitral, porque en Estados Unidos les ha servido a las grandes corporaciones para evitar estas grandes litisconsorcios o las “class suits” cuando incumplen generalizadamente una obligación para con muchos de sus usuarios, eso por la vía del arbitraje se acabó, entonces es mucho más conveniente para ellos.

S2: Se dan casos, en donde grandes corporaciones, ya sea por el nivel de especialización que tienen y que no haya mucha oferta de árbitros en la materia, o bien porque ya más o menos saben cómo determinan sus fallos, escogen reiteradamente a uno o más árbitros, y esto a la larga, digamos en un inicio las primeras dos o tres ocasiones, pues no genera realmente una relación de dependencia con el árbitro para con la compañía, pero si a lo largo de 5, 6, 10 años que el 80% de los asuntos que te recaen como árbitro, te caen porque eres nominado por la misma parte, entonces ya no puedes hablar realmente de una independencia a lo largo del

tiempo. Entonces sí, a lo mejor serás imparcial, pero ya no serás 100% independiente. Luego se da muchas veces que estos casos, estos árbitros casi siempre fallan a favor de las corporaciones que los nominan. Se dan muchas alegaciones de corrupción de los árbitros, se dan alegaciones de abuso en contra del usuario, desconocimiento por parte de éste último sobre el tipo de mecanismo de RS, sienten que son privados o robados de su derecho de ser oídos y vencidos en un tribunal. Y esto es algo que, a un profesional de este tipo de mecanismos, me entristece mucho, porque es la otra cara de la moneda, entonces es cómo se utilizan este tipo de elementos para abusar del consumidor, para abusar del usuario ante su error o desconocimiento de la materia.

S2: Digo obviamente también se dan muchos abusos en poder judicial para con la parte no experimentada, entonces se puede dar en ambas vías, como puede ser un mecanismo muy efectivo para salvaguardar derechos y negocios de gran impacto y gran envergadura para las partes involucradas, puede ser también mal utilizado para abusar del usuario en un contexto mucho más controlado, en el cual un juez estatal no puede tener conocimiento del fondo del asunto y, por ende, la justicia estatal está imposibilitada de llegar a materializarse en este asunto. Entonces muchas veces en estos asuntos cuando salen a favor de la corporación, asumiendo que la corporación haya pues corrompido al árbitro, o simplemente haya utilizado los recursos que sí tiene y que el usuario no, para sacar un fallo más favorable, pues sí se vuelve un tema de abuso que se hace a través de la utilización de estos medios. No es una regla general pero sí el algo que también sucede, y es algo que nosotros, como practicantes del derecho y como practicantes de este tipo de disciplinas, debemos de estar en todo momento atentos para lograr que se evite.

E: Muchas gracias por la aportación, otra cuestión es, para usted ¿considera que resulta complicado combinar dos métodos de solución de conflictos cuyos principios y esencias son diferentes, como es la mediación y el arbitraje?

S2: No, para nada. Complicado no, realmente. De hecho yo lo veo con muy buenos ojos, porque, digo, pudiera llegar a ser complicado para gente que ya está muy enraizada en una sola disciplina, yo he visto mucha gente que viene de una disciplina de litigio, 100% de litigio que batalla muchísimo para hallarse en una situación de arbitraje, ni se diga de una conciliación o una mediación. La verdad es que la correcta redacción de una buena cláusula escalonada, y la ejecución inteligente de las mismas, ya sea de manera escalonada, o bien paralela porque también se puede tener una cláusula compromisoria compuesta, con procedimientos paralelos, la ICC es particularmente famosa por establecer sus disposiciones, tanto en sus

reglamentos IDR como en su reglamento de arbitraje, para que se puedan tener esas dos vías corriendo al mismo tiempo, pueden llegar a ser mucho muy provechosas para el negocio.

S2: Si ya iniciamos un arbitraje, pero por la vía conciliatoria ya llegamos a un acuerdo, vamos con el árbitro, o bien vamos con el juez incluso, y le decimos “señor juez, señor árbitro ya llegamos a un acuerdo, por favor dicte su laudo o dicte su sentencia en los términos de nuestro acuerdo” y ese acuerdo se vuelve cosa juzgada o adquiere esa misma fortaleza. Entonces, no es, no es algo tan descabellado, sino lo contrario, es algo mucho muy útil si se sabe hacer de una manera adecuada. Por distinto que sea el proceso a seguir en cada una ambas disciplinas, no son incompatibles entre sí, por el contrario son tan compatibles que nuevamente la finalidad que ambas tienen es la misma, la de resolver un conflicto, sin embargo, uno lo hace de manera contenciosa y el otro lo hace de una manera un poquito más amistosa. Entonces, una como antesala de la otra, puede resultar muy provechosa, sobre todo cuando se dice que la idea principal, antes incluso que solucionar la disputa, es solucionar la disputa pero salvar salvando el negocio jurídico que le dio origen a esa disputa.

E: Muy bien, considera usted que sí se impulsa con mayor frecuencia el uso de las cláusulas escalonadas, como la cláusula MED-ARB, por instituciones internacionales, instituciones nacionales y locales? Estatales más bien.

S2: Claro que se impulsan, a diestra y siniestra. Vemos instituciones de carácter y de talla internacional como la ICC, por ejemplo, que promueve de manera muy fuerte y con la voz cantante la eficacia de este tipo de mecanismos. Tenemos la Corte Permanente de Arbitraje en la Haya. Tenemos en México instituciones como el Centro de Arbitraje Empresarial, la Cámara de Arbitraje de México, la CANACO, y tenemos muchas instituciones que tienen sus propios reglamentos y que ofrecen este tipo de servicios, y tenemos casos donde vemos que sí son...si se recurren de manera correcta, son muy eficaces para resolver controversias. Yo creo que el esfuerzo que ellos están haciendo poco a poco ha ido permeando en la cultura jurídica mexicana, y es por eso que hemos visto una importante evolución de los métodos alternos, sobre todo el arbitraje y de la cultura pro-arbitraje incluso dentro de nuestro propio sistema judicial, en los últimos 20, 30 años, que ahora es ya mucho pro-arbitraje, ya cada vez vemos a los jueces más dispuestos a comulgar a la par con este tipo de mecanismos, se vive cada vez de una manera más holgada esa buena cooperación judicial que se debe de tener en un proceso como el arbitraje, donde mucha gente piensa que son antítesis, y no es cierto, son disciplinas que deben estarse utilizando siempre en paralelo, por la función importantísima de apoyo y control que debe tener el poder judicial en los métodos alternos.

S2: Entonces ahí vemos cómo ha ido incrementando. Yo creo y más bien estoy seguro y estaría dispuesto a afirmarte que es en gran medida por la promoción internacional que en nuestra nación hemos recibido de parte de este tipo de organismos porque no es cualquier persona quien está diciendo que los negocios aquí se ...que los negocios en el mundo se están celebrando de esta manera. La propia eficacia que han predicado los propios usuarios de este tipo de servicios, son el mejor ejemplo que tenemos de porque en México también han empezado a proliferar cada vez más.

E: En su experiencia profesional, y con todo lo que ya ha mencionado, ¿usted consideraría o no aplicar la cláusula escalonada, como la cláusula MED-ARB, en contratos del sector energético específicamente? ¿Por qué?

S2: Sí la consideraría. Es algo muy complicado el diseñar una cláusula perfecta de resolución de conflictos, sobre todo en un proyecto de infraestructura tan complicado como lo es la infraestructura energética. Hace ratito te comentaba que en México, a raíz de la reciente reforma energética, se dieron muchos cambios de paradigmas y muchos parámetros jurídicos alrededor de los métodos alternos para con este tipo de sector. A raíz de la transformación de PEMEX y de CFE, en empresas productivas del Estado, se elimina la figura de la rescisión administrativa de estas leyes, y se deja a estas dos empresas como entidades 100% mercantiles. Eso hace que cualquier acto jurídico que estas dos empresas celebren, en teoría, deben ser 100% arbitrables. Sin embargo, en esta reforma, dentro de la Ley General de Hidrocarburos, se dejó la figura de la rescisión administrativa, que creo que es en el artículo 20, si no me equivoco, donde se establece que en el Consejo Nacional de Hidrocarburos podrá rescindir administrativamente contratos de exploración y explotación petrolera. Y esa es la limitación porque, por ley, se le asigna al arbitraje comercial, sabes qué en temas de rescisión administrativa no va a poder operar el arbitraje.

S2: Tú ves ahora el prototipo del modelo de contrato de la Ronda 1, está en www.ronda1.gob.mx creo que es, y vas a ver que en la cláusula de resolución de conflictos tienes una cláusula, ahí sí 100% híbrida, porque establece, que para todas las controversias derivadas de la rescisión administrativa, los tribunales administrativos de la Federación tendrán la jurisdicción exclusiva para resolver cualquier controversia, y todo lo demás es arbitrable, bueno más bien, todo lo demás después de...si a los 90 días o después de 3 meses de conciliación no se logra una solución, entonces ya es arbitrable. Entonces es triplemente escalonado, porque establece primero una jurisdicción exclusiva para los tribunales estatales para ciertos casos, los casos de rescisión administrativa, y para todo lo demás establece una

cascada de flujo procesal, en donde primero se debe agotar una conciliación, y posterior un arbitraje, en dado caso de que no se llegue a un acuerdo en esos 3 meses.

S2: Entonces es algo que ya se está ofreciendo al día de hoy, es algo que ya estamos viendo en el sector energético. Todavía no sé cómo operaría en caso de CFE, el tema de rescisión administrativa ahí sí parece ser que se eliminó, estamos todavía sobre la marcha viendo cómo van a ir operando ese tipo de cláusulas. El tema de la rescisión administrativa, dejarla 100% en manos exclusivas de los tribunales estatales, entiendo es una decisión estratégica, porque es lo que nos permite decir que el Consejo Nacional de Hidrocarburos tiene la mano entera para decidir a quién se le permite y a quién no se le permite trabajar en este sector. Entonces ahí es donde decimos que el Estado sigue teniendo todavía la exclusividad de la propiedad sobre los yacimientos petrolíferos, pero para los temas de la resolución de conflictos para la rescisión administrativa siento que todavía es una limitante que puede desincentivar a muchos inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, a acceder a este tipo de negocios, por lo que representa el día de mañana si me rescinden administrativamente, pues no tengo prácticamente derecho a recuperar nada de lo que ya invertí, salvo los “investments”, que al final es casi lo mismo.

S2: Ejemplos de cómo eso puede llegar a salir mal, digo a pesar de que la reforma se hizo ya posterior a eso, por ejemplo, así como pudiera salir mal es el ejemplo de COMISA vs. PEMEX, donde COMISA dice, “oye me rescindiste administrativamente, vámonos al arbitraje” y luego PEMEX se pasó en muchísimos años tratando determinar que la rescisión administrativa era un acto de autoridad y, por ende, tenían exclusividad los tribunales del Estado. Y sin embargo, sí hubo todo un arbitraje ICC y ganó COMISA, y COMISA ahora está tratando de...bueno aquí en México se anuló el laudo pero pues está tratando de ejecutar en Nueva York, está tratando de ejecutar en Luxemburgo, porque dice “oye yo tenía un contrato y en el momento que firmamos el contrato no dijiste nada sobre la rescisión administrativa, y pues tenemos un contrato donde se decía que era arbitraje ICC”, nada más que México dice pero bueno “la limitación al arbitraje es cuando exista de por medio un acto de autoridad y aquí lo hubo, por qué, porque era en el mejor interés de la nación rescindir administrativamente ese contrato, y no se estaba cumpliendo de manera adecuada”.

S2: También se le imponen limitaciones a la rescisión administrativa, el propio artículo 20 enumera los casos bajo los cuales la Comisión Nacional de Hidrocarburos podrá hacer uso de la rescisión administrativa, nada más que ves también las condiciones en los contratos de PEMEX para exploración y explotación, y ves que muchos temas de rescisión anticipada de manera mercantil a las que pudiera acceder el contratista, sea asemejen mucho con las de la

rescisión administrativa. Entonces también eso te da pie a pensar que bueno, realmente, los problemas más grandes que vamos a ver de este tipo de contratos van a derivar en rescisiones administrativas más que en rescisiones anticipadas. Entonces, qué de ahí va a poder ser arbitrable y qué no, solamente el tiempo lo dirá.

E: Exactamente. Bueno este, ya para finalizar, ¿quisiera agregar otra cuestión que considere relevante de todo lo que ya profundizó a lo largo de la entrevista?

S2: Estos son mecanismos muy efectivos si se saben utilizar de una manera adecuada. Es una disciplina que a nivel internacional ha cobrado mucha relevancia y mucha eficacia, porque se está reconociendo en los derechos de cada una de las jurisdicciones la capacidad que deben de tener las partes de poder solucionar sus conflictos de la manera que mejor convengan a sus intereses. Eso en México, como te decía, ya lo tenemos consagrado en un artículo constitucional que es el 17, donde dice que la ley deberá prever este tipo de mecanismos. Entonces nosotros tenemos, por ende, el derecho humano y constitucionalmente consagrado de poder elegir lo que mejor nos venga en gana, y lo que mejor le convenga a nuestros intereses para solucionar nuestras controversias.

S2: Esto puede ser irse por los judiciales estatales, esto puede ser un mecanismo alternativo por sí solo, o puede ser como muchas veces se hace, a través de una cláusula escalonada. Esto a nivel internacional es el mejor elemento para solucionar una disputa. De nuevo, no queremos andar lidiando con jurisdicciones extranjeras, con abogados extranjeros, con idiomas que no conocemos, con incertidumbres jurídicas, tanto sustantivas como procesales. Entonces esto le ha dado mucha certeza jurídica a los negocios transnacionales que todo el mundo en todo el mundo los practica todos los días. Entonces yo sí soy un fiel creyente y apasionado promotor de este tipo de métodos, siempre y cuando se utilicen de una manera correcta y para bien, pues obviamente ejecutándolos con inteligencia y sin abusar de la contraparte, sobre todo más en los métodos alternos que en la justicia tradicional, el principio de la buena fe es una parte total para el correcto desarrollo dentro de todos estos procesos.

E: Muchísimas gracias. Con esto damos terminada la etapa de preguntas de la presente entrevista, y vuelvo a agradecer en gran medida el tiempo, apoyo y colaboración brindada por el entrevistado, reiterándole que los datos, información y resultados derivados de la entrevista quedan a su disposición para su consulta, además que se le recuerda la confidencialidad de la presente entrevista, siendo necesario recalcarle que, se resguardará su identidad y anonimato para el análisis de la misma. Muchas gracias.

Entrevista semiestructurada 3

E: Buenas tardes, primeramente procederé a presentarme y a hacer mención de algunas cuestiones relevantes para el desarrollo de la entrevista. Mi nombre es Melissa Guadalupe Adame Rivera, tengo el grado de licenciatura en Derecho por la Universidad de Monterrey, actualmente soy estudiante del programa de Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos impartido por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en México.

E: El tema de mi tesis versa sobre “Las cláusulas MED/ARB en la solución de conflictos del Sector Energético” y contiene como hipótesis encontrar los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED/ARB en los contratos del Sector Energético internacional, tema que se buscará comprobar a través de la aplicación de método cualitativo como es la entrevista semiestructurada en profundidad.

E: De antemano, se le agradece primeramente al entrevistado por su tiempo, disponibilidad y opinión respecto al tema que nos ocupa, siendo preciso señalar que su participación es de valiosa importancia para el análisis del tema antes señalado. De la misma manera, se le hace conocer al entrevistado que sus datos personales e identidad permanecerán en el anonimato salvo manifestación contraria del sujeto, al igual que se le comunica que la presente entrevista quedará grabada en audio para cuestiones de análisis y de estudio de las respuestas otorgadas.

E: Es menester informarle al entrevistado que los datos, información y resultados derivados de la presente entrevista quedarán a su disposición si desea consultarlos. Así como también se aceptarán aclaraciones, sugerencias y comentarios que quisiera aportar y que serán de valor para la presente entrevista. De lo contrario,...dicho lo anterior...perdón, se procederá a realizar las preguntas al entrevistado.

E: Primeramente, de manera breve y clara podría mencionar su trayectoria académica y profesional, así como el puesto que desempeña actualmente relacionado con los Métodos Alternos de Solución de Conflictos.

S3: Pues em, sí, de hecho voy a enviarte un breve curriculum para que quede más estricto. Clarísimamente, bueno soy Doctorada Honoris Causa en Arbitraje Comercial Internacional con una tesis que se titulaba, se titula “El arbitraje...” “El orden público y las normas imperativas en el arbitraje comercial internacional”. Y de mi trayectoria profesional en el arbitraje y también pedagógica-académica pues me he ido a la mediación para determinados conflictos sobretodo en el ámbito civil y mercantil y mm cuando me titulé de profesora titular de la

Universidad Rey Juan Carlos eh que ya sería como el título de mm ...oficial para ser ya académica en esta facultad eh mi especialidad han sido los ADR, han sido los Métodos Alternos de Solución de Conflictos y pues tras mucho trabajo y consideración pues tuvimos la oportunidad de crear un,...aprobado por el Ministerio de Justicia Español, el Título Propio de Experto en Mediación, de la cual soy Directora, con lo cual en Esta Universidad realmente es que ocupo prácticamente todos los...como aquí ponéis, todos los puestos que se... vinculados a los ADR puesto que también soy la Delegada del resto para los Asuntos de la Universidad Rey Juan Carlos relativo a los Métodos Alternos de Gestión de Conflictos y también la Representante URJC de la Comisión Universitaria para Métodos Alternos de Resolución de Conflictos.

E: Muchas gracias...

E: Em en toda la experiencia profesional que me acaba de comentar que es muy, que es basta, ¿cuál es su opinión de la eficacia y de los resultados de los métodos alternos en el ámbito nacional de España y en el Internacional? De manera breve...

S3: Es desigual la eficacia porque si bien yo como trabajo también en el ámbito internacional...vengo de diversos países, sobre todo los anglosajones, Estados Unidos, Reino Unido, Gran Bretaña, incluso algún país europeo de donde se está lanzando mucho la mediación, como puede ser Grecia, Italia, etcétera, que tienen mayor eficiencia en los resultados siendo mejores que los de España. Tenemos que tener en cuenta que en Europa eh a través de la Directiva Comunitaria se intentó que la mediación se viera por igual en todos los países miembros pero también su dimensión ha sido muy desigual, por lo tanto, no toda la Unión Europea tenemos los mismos resultados ni la mediación es tan eficaz.

S3: En concreto, en España podríamos decir que es mucho más eficaz en materia de mediación mm de familia, mediación civil, más que la mercantil pero también conozco y he sido partícipe en algunas mediaciones mercantiles que están dando muy buenos resultados bien, pero no tiene tantísimo, tantísima digamos bueno tantísima tampoco popularidad porque tampoco es que haya un conocimiento del público muy elevado aquí en España pero se conoce mejor la mediación familiar que la mercantil por ejemplo.

E: Muchas gracias

E: ¿Cuál es su opinión respecto a la implementación respecto de la implementación de los métodos alternos utilizados en su conjunto o los también llamados métodos escalonados o métodos híbridos?

S3: Pues mi opinión es muy favorable a los métodos híbridos, es más, lo vengo defendiendo desde hace años puesto que he visto que para los clientes que es lo que nos importa a los operadores del derecho, ósea cuando hacemos un contrato de poner una cláusula que por ejemplo vaya solo a mediación no les gusta porque no les asegura la eficacia, tienen una percepción subjetiva de que la eficacia de la mediación no va a ser la misma que si pusiéramos un método híbrido, es decir, primero mediación y sino arbitraje.

S3: Entonces les gusta porque además luego de estar en la mediación, las partes suelen resolver en mediación, es decir, suelen llegar a un acuerdo de mediación pero también tienen ahí la cobertura de que saben que si no se irían a arbitraje.

S3: Ahora bien, yo tengo que hacer aquí un pequeño comentario em siendo muy favorable a los métodos escalonados siempre, tanto como a todos mis alumnos como a todos los profesionales que formo en este tipo de cláusulas escalonadas les digo que lo más importante es que pongan un espacio temporal, es decir, si tras quince días o tras cuatro meses la mediación no ha surtido efecto, que automáticamente cualquiera de las partes pueden acceder al arbitraje porque sino nos encontramos con varios casos y sentencias como la de la Corte Suiza últimamente o la de varios tribunales aquí en Europa que no respetan la primera parte de la cláusula escalonada, no respetan la mediación y se van directamente a arbitraje o, por ejemplo, se van a mediación y se tiran allí muchísimo tiempo porque no se ha puesto en la cláusula escalonada que hay un plazo de tiempo para luego recurrir a arbitraje.

E: Muy bien, perfecto, gracias.

E: Y, bueno, ya lo estaba comentando, ¿cómo considera que un método escalonado pueda aportar más a la gestión de los conflictos que un método por sí solo? Pero ya está...

S3: Ya creo que queda resuelto, resuelta o respondida con la respuesta anterior. ¿Te parece bien?

E: Sí, gracias.

S3: ¿Te parece bien?

E: Sí, sí, sí. La consideraré como la misma respuesta.

E: Em bueno, también ¿me podría mencionar cuales considera que son los métodos escalonados de solución de conflictos más utilizados en la actualidad? ¿Y cuándo y dónde los ha encontrado?

S3: El método para mí de resolución escalonado más utilizado es el med-arb, es mediación y arbitraje, luego también tengo que decir en cuenta que, claro, esto es depende en qué sectores pero por ejemplo estos métodos escalonados se utilizan dentro de un sector determinado. Donde más he visto yo es en el ámbito de los seguros, hay muchísimas compañías de seguros que van a mediación y luego a arbitraje, y luego se quedan en la mediación realmente porque funciona bastante bien.

S3: Eh también hay una figura de origen anglosajón que es el minitrial que bueno pues vamos a intentar un minijuicio antes de ir a juicio ósea, es decir, que hay bastantes tipos de métodos escalonados y dentro de estas figuras anglosajonas ahora mismo no las tengo aquí, pero vamos te podría enumerar algunas otras, si quieres te paso la información más adelante, muy breves porque realmente las que más funcionan es esto que te digo, el med-arb o el minitrial en derecho anglosajón pero el sector que más importa es el derecho de los seguros aunque se está atendiendo a muchos otros sectores y también hay otros tipos de figuras muy parecidas, pero toda en el ámbito ya de la justicia, como pueden ser conciliación, juicio, etcétera, que también son cláusulas escalonadas.

E: Okey, sí muy bien.

E: Bueno mencionaba la mediación y el arbitraje como método escalonado, ¿qué tan frecuente lo ha visto por ejemplo en el ámbito o en la rama de seguros o en otra rama?

S3: Sí, en el ámbito de los seguros, ámbitos mercantiles muchísimo. Por ejemplo, en ámbito familiar prácticamente esto no ocurre porque la familia es indisponible, no puede ir a arbitraje, con lo cual sólo nos quedamos en mediación, no es operativa. En familia podemos encontrar med-jurisdiction, ósea mediación-jurisdicción, eso sí que sería una cláusula escalonada pero no se pone estrictamente porque todo mundo sabe que si no te...no se resuelve en mediación, vas a ir a jurisdicción, es decir, no se opone estrictamente la cláusula a no ser que las partes lo pidan. Por lo tanto, digamos que muchas veces estas cláusulas no se ponen porque se sobreentienden que van a ser escalonadas.

S3: Bien solamente es que tenéis que tenerlo en cuenta a la hora de tu tesis, bueno es decir, entonces cuántas veces lo he encontrado, pues ya te he comentado en los tipos de contratos mercantiles, de seguros, contratos internacionales muchos, y también decirte que de diez años

a hoy, ósea a partir del dos mil nueve o por ahí empecé a verla, y antes no veía casi ninguna, y poco a poco estoy viendo más, creo que su crecimiento ha sido exponencial en los últimos diez años.

E: Muy bien, muchas gracias.

E: ¿Y qué razones...? Em, dicho lo anterior, ¿qué razones considera relevantes o importantes para determinar esta frecuencia?

S3: Sobre todo la formación de los abogados. Los abogados y se le digo a usted porque yo también soy, no le he dicho los méritos, pero también soy la formadora en mediación y arbitraje del, del Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Madrid, no tienen ni idea de que estas cláusulas existen, con lo cual si nosotros no formamos en que estas cláusulas existan, cómo después ellos las van a incluir en sus contratos. Es decir, una razón no relevante, es que para mí es la fundamental es la formación y el conocimiento de que estas cláusulas existen. Los abogados, hoy por hoy, muchas veces no saben que existen porque también podías incluir en otra cláusula med-arb, negociación-mediación-arbitraje.

S3: Sería en vez de escalo...serían tres escalones, pues esto se lo inculco muchísimo a mis alumnos y muchos de ellos nunca habían oído hablar...fíjese usted que los abogados estamos para negociar, pues nunca nadie les dio negociación ni nunca nadie les ha dado mediación. Te estoy hablando estrictamente de lo que pasa en España, con lo cual que razón es relevante y fundamental para im... para que podamos implementar las cláusulas med-arb es formar a los abogados en estas cláusulas, decir en qué consisten y que las pongan en los contratos. No sé si me he explicado bien.

E: Sí, sí, sí.

E: Em, bueno, igual de la misma manera y en el mismo sentido. Aparte de la ignorancia de los..., en la formación y entre otras cosas, ¿qué problemas o desventajas jurídicas tendría la elaboración de y la aplicación de una cláusula compromisoria escalonada?

S3: Que para los problemas que yo creo que ya he explicado antes sobre la eficacia misma de la patología digamos de la cláusula escalonada, entonces para mí si ya incluyes el tiempo, es decir, podemos poner un margen si en seis meses no hubiera mediación, y depende de qué tipo de contrato porque se puede poner menos tiempo, automáticamente cualquiera de las partes irá al arbitraje.

S3: De hecho, seguramente en las sentencias que usted ha visto aquí en Europa o verá, son muy pocas, pero aquí en Europa respecto a cláusulas escalonadas, el problema viene de ahí de que ninguna de las partes sabía...de que una parte ha desoído la primera parte de la cláusula, no ha ido a mediación y se ha ido directamente a arbitraje y el segundo problema de quedarte estancado en un procedimiento de mediación porque una parte está obstruyendo el procedimiento para que no se active el arbitraje. Para mí, esos son los principales problemas.

E: Ok, muy bien, muchas gracias.

E: Em, bueno también diversos autores señalan que las cláusulas compromisorias se pueden considerar como un contrato en sí, ¿considera usted que la cláusula escalonada de mediación-arbitraje tiene una naturaleza contractual obligatoria? Y si, dependiendo de su respuesta por qué...ósea que si la...

S3: Sí, sí... te entiendo la pregunta y me parece una pregunta muy interesante, es una pregunta que nos gusta mucho a los juristas. Bien, eh no voy aquí a recordar aquí el principio de la autonomía contractual del propio convenio arbitral y todo esto del principio de separabilidad, para mí tienen los mismos, la misma naturaleza contractual que un convenio de arbitraje una cláusula escalonada. En respecto a la pregunta a la pregunta concreta de si es obligatoria, eh sabemos que la mediación no es obligatoria, bien, por eso es tan importante poner el plazo, tenemos que tener en cuenta que la cláusula escalonada en sí, sí es obligatoria porque podremos decirlo jurídicamente, más propiamente parcialmente obligatoria, es una cláusula parcialmente obligatoria es en puridad, es decir, estrictamente hablando pero eso qué nos lleva, a que al va a ser obligatoria porque al final está el arbitraje y eso es un convenio arbitral, es decir, una cláusula escalonada al incluir que te vas a ir a arbitraje ya está incluyendo la propia, el propio efecto positivo y negativo del convenio arbitral y la propia autonomía de la cláusula escalonada en sí porque tienes el arbitraje.

S3: Bien, es lo que es, mediación-arbitraje podemos decir que es parcialmente obligatoria en cuanto a los efectos que produce porque la mediación solo produce efectos si voluntariamente las partes se quedan en mediación, bien, pero es obligatoria final, no sé si esta cosa que me estoy inventando es ahora mismo un poco te parece propio para desarrollarlo, parcialmente obligatoria respecto a los efectos pero finalmente obligatoria respecto al resultado. ¿Por qué? Porque al final vas a ir a arbitraje y es obligatorio sí o sí porque eso equivale a un convenio arbitral. ¿Te parece interesante?

E: Sí

S3: Sé que sobre esto no habrás oído mucho pero es una visión particular mía que tengo

E: Es una nueva perspectiva, sí, este muchas gracias por la aportación.

S3: Pues si te interesa, desarróllala porque pero no sé es que pienso que al final lleva esa obligatoriedad ¿no?, pero hay que diferenciarlo, la parcialidad, siempre atendiéndonos a las dos figuras que está contemplando pero en global, claro que sí es obligatoria pero parcialmente la tiene esta figura y sobre todo atendiendo a lo que le acabo de comentar a naturaleza y efectos.

E: Muy bien, muchas gracias.

E: Me comentaba que uno de los elementos que se deben de considerar es como el tiempo, la temporalidad, los plazos, ¿qué elementos fundamentales considera que son imprescindibles al elaborar una cláusula compromisoria escalonada, como la med-arb?

S3: Yo creo que ya te los he respondido ¿no?, es exactamente el tiempo, la claridad, la claridad de la cláusula porque incluso podríamos aquí ya meternos en problemas de mayor profundidad que no sé si usted se está metiendo en su tesis doctoral que es sobre todo a decir, bueno, la mediación...ósea concretar la cláusula ¿no?, ósea la que... en arbitraje en la Cámara de Comercio en Madrid, Londres, ósea ver qué tipo de... los mismos problemas que podría tener de concreción un convenio de arbitral pero lo principal para mí es la...el factor temporal, incluirlo, y luego ya, lo otro, son problemas prácticamente muy fácilmente salvables igual que es el de la autonomía del propio convenio arbitral, es decir, bueno cómo...dónde se desarrollaría esa mediación y dónde se desarrollaría ese arbitraje.

S3: Para ser más concretos, pues podemos incluirlos en la propia cláusula pero sé que esto es muy dist...muy difícil sobre todo en contratos internacionales porque yo voy a querer que usted se venga a mediación aquí en Madrid, al Centro Europeo de Mediación, y a lo mejor si tenemos un contrato internacional México-España, usted querrá que la mediación sea en un centro de mediación mexicano o bueno en alguna...o los centros de mediación de la Cámara de Comercio Internacional o de cualquier otra institución que están distribuidos por todo el mundo.

S3: Por lo tanto, yo, insisto para ser clara, no me hace falta precisarlo porque luego sé que de ahí voy a poder jugar, digamos, ya con el cliente, y voy a poder precisarlo, por lo tanto, la cláusula cuanto más...aquí incurre en una contradicción, te estoy diciendo que la cláusula sea

lo más breve y estricta posible pero luego te estoy diciendo hombre si ya es muy claro el tipo de contrato que estás haciendo, el cliente que tienes y siempre tenéis la misma contratación, en esos contratos sería bueno ponerlo más preciso, si ya los dos sabemos, tenemos alguna algún conflicto pues tú y yo, usted mexicana y yo española colaboramos y estamos en los mismos contratos, tenemos la cláusula med-arb, irnos siempre a un tribunal... Por ejemplo, en mediación, español, y en arbitraje en un tribunal, perdón, en una institución en mediación española y en arbitraje, mexicana, bien, eso se podría precisar depende de ya de la relación comercial fluida o no que tengamos en un contrato pero en principio, el tiempo.

E: Muy bien.

E: Bueno, de esos elementos que me estaba comentando, ¿cuáles son los que considera más controversiales? De los que deberían estar, ¿hay alguno que considere...?

S3: Los que te acabo de decir, por eso creo que ya está respondido lo anterior. De los que deberían estar, pero claro...sabe usted lo que me pasa, que yo cuando usted me está preguntando todas estas preguntas, yo tengo aquí ahora mismo un dilema, que yo las estoy respondiendo conforme a la realidad que yo veo en la práctica pero si yo fuera una mera teórica le estaría contando aquí un rollo de todos los elementos que tienen que constar en una cláusula, lugar, tiempo, idioma, bla bla bla, todo eso. Eso yo espero que usted comprenda que cuando...ahora que usted lo va a comprender seguro ¿no?, pero que lo comprenda cuando está haciendo la investigación, usted va a tener que hacer una investigación teórica pero muchas veces cuando yo hice mi tesis doctoral, haces una investigación teórica y luego te das cuenta que en la práctica nada de eso se aplica ¿no?.

S3: Entonces, usted, sé por lo brillante que es usted, que sabe perfectamente esta diferenciación, si ahora mismo le respondo como profesora universitaria, le diría “todos los elementos que deben de constar en una cláusula escalonada son las partes, las firmas, el lugar, el idioma ta...”, pero es que yo sé que luego no hay quien lo firme en un contrato real porque también me dedico a la práctica bien. Entonces por eso te he dicho antes depende de la relación que ustedes tengan con el cliente, sabiendo que...yo que usted le diría lo siguiente en mi tesis doctoral, “sabiendo que los elementos de una cláusula es esto...” ¿no?, tendrás que incluir todo, hay elementos, y eso yo lo puse en mi tesis doctoral que se la pongo a su disposición, “...hay elementos que son totalmente necesarios y otros que son prescindibles, es más en la práctica según distintos autores...”, dentro de los cuales me puedes poner a mí o distintos prácticos, “...no coincidirán que esto sea muy útil en las relaciones sobre todo comerciales donde yo veo las cláusulas escalonadas”, entonces estos son los principales problemas bien que veo.

E: Em como bueno como ya me mencionó las ventajas y desventajas, voy a obviar la siguiente pregunta (Me podría explicar un poco más las ventajas y desventajas jurídicas de la implementación de una cláusula compromisoria escalonada como la cláusula med-arb?)

E: Y bueno, también ya me había mencionado porque sería complicado conminar algunos métodos de conflicto, de solución de conflictos, pero hay alguna otra observación que quisiera hacer sobre otra razón que considere jurídicamente complicado conjuntar la mediación con el arbitraje?

S3: Aparte de las que te he mencionado, ahora mismo no, no, no se me ocurre ninguna, es que yo creo que son complementarios, ósea que van muy muy bien el uno con el otro. Es más porque además, según mi trayectoria profesional, eh aunque no tenemos datos estadísticos porque no hay datos estadísticos que podamos publicar pero yo les digo que una breve estadística que podemos hacer de estar por caso, con los clientes que yo he visto, eh la mediación cuando uno llega a mediación, se resuelve el caso en mediación porque es lo que la gente quiere, más rápido, más barato, más económico ...es la ventaja que estábamos nombrando y que son muy auto reiteradas ¿no?, en los métodos alternos de solución de conflictos resulta que cuando las partes van a mediación, se quedan en mediación.

S3: ¿Cuáles son los problemas?, los que le acabo de decir, que una parte realmente quiera bloquear todo el procedimiento, entonces no vaya a la mediación o esté en la mediación y se eternice porque no hay un plazo temporal o vaya directamente al arbitraje sin pasar por la mediación, esto es un absurdo porque obviamente cuando vas al arbitraje no vas a hacer la mediación, directamente te vas al método más...fuerte, está más judicializado el arbitraje.

S3: Entonces qué ocurre, esos son los problemas que hay pero eso siempre depende, digamos en la práctica, es de partes que quieren obstaculizar la mediación, sin embargo, si estás en la mediación, todos esos problemas se van a disipar porque las partes suelen acordar el resultado en mediación, por lo cual funcionan perfectamente y son complementarias, es más se pone eso, muchas veces, por miedo de los clientes porque quieren más seguridad jurídica que lo que se implicaría en una cláusula meramente de mediación pero a la hora de la verdad los que quieren irse directamente a arbitraje y saltarse la mediación me parece una mala estrategia por su parte hoy vemos que los tribunales están obligando, aunque sea un absurdo porque las partes no van a hacer nada, a perder seis meses en mediación y las partes no se van a poner de acuerdo, con lo cual el problema es simplemente si, si no quiere ir a arbitraje hacer un poco el paripeo, hacer un poco...para que no, el tribunal luego no te penalice, el propio tribunal

arbitral y no tenga que llevarse ese caso a los tribunales judiciales que luego te obligan a estar en una mediación y decir oiga me voy a quedar en la mediación y firmar el acta de mi cliente no ha querido ir a la mediación y así te ahorras que abramos un caso en un tribunal judicial europeo, luego que te lo ...tengas que estar seis meses más todo lo que dura el proceso, con lo cual, todas las ventajas se pierden, porque entre ellas la rapidez hasta que se ha estado el caso en una jurisdicción europea podrá dar el plazo de cinco años, más luego que el tribunal decida otros cuatro años, más luego que te manden seis meses a mediación, qué sentido entonces tendría que lo hubiera...aquí es cuando se rompe toda la cláusula, me parecería como el estallido de la cláusula, lo peor que se puede hacer.

E: Sí, tiene mucha razón.

E: Este bueno, mencionaba, ya había mencionado que la formación es muy importante en los abogados, pero ¿me podría decir por qué en la práctica no se impulsa más estas cláusulas escalonadas cuando en cortes, tribunales arbitrales sí la promueven como es la Cámara de Comercio Internacional, la Asociación Americana de Arbitraje?

S3: Ósea que los propios abogados, vamos a ver, quién pone las cláusulas en los contratos, los abogados, entonces vuelvo a repetir por qué no las ponen, porque las desconocen y porque conociéndolas, piensan que les van a quitar trabajo a ellos porque ninguno es árbitro ninguno es...entonces boicotean las propias cláusulas.

S3: Eso yo creo, es que se lo digo así de claro porque es mi análisis que he venido observando durante hace mucho pero entonces como tenemos que...por lo que nosotros decir oye estas cláusulas son buenas para usted con una buena formación, yo con mucho que forme a alguien, si esa persona no está convencida no lo va a incluir en un contrato pero si la incluye es porque esa persona cree realmente en la justicia y hay dos formas de acceder a la justicia con mayúsculas, la judicial y la extrajudicial. Si los abogados no conocen la extrajudicial van a torpedear.

E: Ya por último, y con su experiencia profesional y lo que me ha mencionado, ¿por qué consideraría o no aplicar una cláusula compromisoria escalonada, como la mediación-arbitraje, en contratos del Sector Energético específicamente? Que estamos hablando de contratos entre un particular con la administración pública, contratos de exploración, ósea...

S3: Bien en contratos, habría que diferenciar qué tipos de contratos pero siempre que haya algún particular mm tenemos que tener en cuenta si a lo mejor es el Estado el que te está obligando a ir a mediación, por ejemplo, porque tengas un contrato con la luz, con la de tu

casa o alguna cosa, no sé si esto entra en la pregunta que me estás haciendo, en energía ¿no?, entonces pues tu...y te digan ah como hemos tenido muchos problemas porque aquí en España, por ejemplo, es el país europeo donde más cuesta la energía eléctrica ¿sabes?.

S3: Entonces decir, pues vamos a decir que todas las reclamaciones vayan a vía de mediación, esto a mí me parece, me parece que...y decir que van a ser gratuitas pero solo puedes reclamar hasta dos mil euros porque suelen ser así las regulaciones que acompañan este tipo de...entonces a mí esto me parece que es como un sistema de reclamaciones no un sistema de justicia y vuelvo a defender que los métodos alternos de resolución de conflictos y las cláusulas escalonadas son métodos para justicia no para reclamar, las reclamaciones son otra cosa. Aquí se trata de hacer justicia y a mí, en este tipo de casos ¿las aconsejo?, sí, esa cláusula escalonada o esa mediación está amparada por un Real Decreto de mi propio gobierno que me dice “usted puede venir aquí pero sólo por estas causas, por estos motivos”, bueno y usted por qué me tiene que restringir a mí en las causas y en los motivos, ahí yo lo desaconsejo, váyase usted a los tribunales...

E: Sí pero ahí es cuando es como un cliente que es consumidor con la persona que le provee el servicio o el suministro, pero en el caso de contrataciones grandes como exploración, explotación de terrenos...

S3: Ahí no, ahí también depende de si hay alguna causa de orden público, de sanidad o de algo que, que sea, que no podrían ser decididas por esas cláusulas, es decir, a mí contestar estas preguntas genéricamente, dada mi profesionalidad, me cuesta mucho porque tendría que ver qué tipo de contratos serían. En general, yo te puedo decir, no veo inconveniente, no es que yo sea proclive porque yo soy muy defensora de que para ciertos sectores, como esto es confidencial y todo eso, cuando hay sectores de energía puede a lo mejor albergar algún tipo de cosa que sí que sería necesario que todos conociéramos ¿bien?, entonces ahí soy, no soy muy proclive en principio pero tampoco digo que no, tendría que ver el contrato estrictamente.

S3: No lo puedo contestar genéricamente, ruego a usted que me perdone pero yo soy muy estricta en este tipo de cuestiones dado que y le he iniciado esta entrevista diciendo que yo hice una tesis sobre el orden público y muchas veces el Estado no quiere, no digo por ningún motivo pero, dar mucha transparencia sobre distintas cuestiones y a mí eso me preocupa mucho porque todos los ciudadanos tenemos derecho a saber ciertos aspectos de orden público, como es el tema de la energía que nos incumbe a todos.

E: Muchísimas gracias.

E: Bueno, con esto damos por terminada la presente entrevista y le vuelvo a agradecer su tiempo, apoyo y colaboración al entrevistado, reiterándole que los datos, información quedarán a su disposición para consulta, y se le recuerda la confidencialidad que guardará la presente entrevista.

E: Muchísimas gracias.

S3: Pues muchísimas gracias y muy buena entrevista bien.

Entrevista semiestructurada 4

E: Buenas tardes, primeramente procederé a presentarme y a hacer mención de algunas cuestiones relevantes para el desarrollo de esta entrevista. Mi nombre es Melissa Guadalupe Adame Rivera, tengo el grado de Licenciatura en Derecho por la Universidad de Monterrey, actualmente soy estudiante del programa de Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos impartido en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en México.

E: El tema de mi tesis versa sobre “Las cláusulas MED-ARB en la solución de conflictos del sector energético”, el cual tiene como hipótesis encontrar los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos del sector energético internacional, misma que se buscará comprobar a través de la aplicación de un método cualitativo, cual es la entrevista, como lo es la entrevista en profundidad.

E: De antemano se le agradece primeramente al entrevistado por su tiempo, disponibilidad y opinión respecto al tema que nos ocupa, siendo preciso señalar que su participación es de valiosa importancia para el análisis del tema antes señalado. De la misma manera se le hace conocer al entrevistado que sus datos personales e identidad permanecerán en el anonimato salvo manifestación contraria del sujeto, al igual que se le comunica que la presente entrevista será grabada en audio para cuestiones de análisis y estudio de las respuestas otorgadas.

E: Es menester informarle al entrevistado que los datos, información y resultados derivados de la presente entrevista quedarán a su disposición si desea consultarlos, así como también se aceptarán aclaraciones, sugerencias y comentarios que quisiera aportar y considere que serán de valor para la presente entrevista. Dicho lo anterior, procederemos a comenzar.

E: De manera breve y clara, ¿podría mencionar su trayectoria académica y profesional, así como el puesto que desempeña actualmente relacionado a los métodos alternos de solución de conflictos?

S4: Bueno me he formado como abogado en la Universidad de Belgrano, en Buenos Aires, después he hecho un Máster en Derecho en la Universidad de Augsburgo, en Alemania, luego tengo un Posgrado de Negociación eh por la Universidad Católica de Argentina, eh y tengo una certificación de mediador por el Ministerio de Justicia Argentino y tengo una segunda formación de mediador por la universidad... aquí en España.

E: Muchas gracias.

S4: Y estoy formado como Coach Personal también por el ITC7, en Buenos Aires.

E: Gracias.

E: Eh bueno en la experiencia profesional que ha mencionado, ¿cuál es su opinión de la eficient...eficiencia y resultados de los métodos alternos de solución de conflictos, tanto en el ámbito nacional, en España, como internacional?

S4: Depende del conflicto que abarquen digamos, hay, yo diría, hay conflictos que tienen un ámbito de gestión a través del sistema jurisdiccional, que son óptimos para eso, y en ese caso, digamos meter un ADR, quizás no sirva, digamos. Si tengo un desahucio quizás sea mucho más eficaz, productivo recurrir a la fuerza pública para que desahucie a la persona que quizás ir a negociar con lo cual si me va a encarecer las reglas del proceso. Ahora bien, hay ámbitos donde la ley, el sistema jurisdiccional no, no... o no da una buena cobertura porque es una zona que no es clara, porque no hay buena prueba, porque es una obligación natural eh porque el proceso en sí es muy largo, el proceso es muy costoso o bien, directamente donde la ley no resuelve el, el conflicto...sea un mundo digamos de conflictos es mucho más am...amplio que el universo legal, donde por ejemplo estamos hablando de conflictos de las conductas permitidas...

S4: ...un socio que quiere eh reinvertir los dividendos y otro que los quiere distribuir, negociaciones con un sindicato, de pronto los sindicatos quieren cambiar las condiciones de trabajo y la empresa no, ambas son conductas lícitas que, digamos, así bien eh hay un interés contrapuesto y esto genera un conflicto, no son conductas digamos que tengan una resolución por vía de ley, con lo cual en este caso, tanto en los casos en los cuales la ley no da una buena solución, como el sistema jurisdiccional no da una buena solución como unos casos en que evidentemente no hay ninguna, los mejores métodos son los llamados métodos alternativos o adecuados de disputas, por eso, a mí me gusta hablar de métodos adecuados, ósea, hay un método adecuado, hay con...hay tipos de conflictos cuya forma más adecuada de gestión de conflictos es a través de la ley, del sistema jurisdiccional, y hay tipos cuya forma más adecuada par...puede ser un ADR.

E: Ok, muy bien.

E: Eh bueno, con esta opinión que me da, también ¿cuál sería su opinión de respecto a la implementación de los métodos alternos de solución de conflictos o los métodos adecuados de utilización, de solución de conflictos utilizados en conjunto, llamados métodos híbridos o también llamados métodos escalonados?

S4: Depende, a ver eh, cuando hablamos de métodos alternativos o adecuados o alternos, tenemos que distinguir entre los métodos heterocompositivos de los autocompositivos. Los métodos digamos heterocompositivos son los que decide un tercero y los métodos autocompositivos son los que deciden las partes. Entiendo que te refieres a la combinación de un método heterocompositivo con un método autocompositivo como podría ser por ejemplo una cláusula de mediación y luego una cláusula de jurisdicción o de arbitraje...

E: Ajá, o negociación-arbitraje, bueno pero específicamente yo me quiero referir a mediación-arbitraje

S4: Bien con el arbitraje si, no, no, a mí digamos eh siendo la neg... la mediación una instancia que en el fondo las partes pueden controlar la duración del proceso eh, no veo prácticamente ningún inconveniente y de muchas...muchas cosas a favor de plantearlas como paso previo para recurrir a un arbitraje.

E: Y, bueno, eh ¿considera con lo que me dice que un método escalonado puede aportar más a la gestión de conflictos que un método alterno por sí solo?

S4: No a la gestión de conflictos, sí a la satisfacción de las partes. Las partes que tienen un conflicto lo que quieren en última instancia es resolver el conflicto y tienen un interés que quieren satisfacer. Entonces, el problema que vimos es que los métodos heterocompositivos, ósea donde resuelve un tercero, en este caso el arbitraje, tienen un, un ámbito de solución, un ámbito de respuesta, un ámbito de aplicación muy limitado. Entonces, sí considero que pueda ayudar mucho intentar al menos una mediación digamos, asistida por un buen mediador por supuesto ¿por qué?, porque permite abarcar eh lo que decía antes, situaciones que la ley no abarca o que no reconoce y también soluciones mucho más imaginativas y amplias...

E: Okey, sí...

S4: Porque al final, sigamos el problema del tercero, sea el árbitro o el juez, no sabe también como las partes qué es lo que quieren o necesitan, nunca, se tiene que ceñir a determinadas pautas, contractuales o legales.

E: Muy bien, muchas gracias.

E: Eh, me podría mencionar cuáles son, ¿cuáles considera que son los métodos escalonados de solución de conflictos más utilizados actualmente, así como cuándo y dónde se ha encontrado con implementación de dichos métodos escalonados?

S4: No, no se utilizan actualmente, se utilizan muy poco. En Argentina, se utiliza bastante eh la mediación, digamos como paso previo, tanto al arbitraje como al al juicio y esto porque de hecho hay una cultura ya de mediación. En Alemania se utiliza un poco, acá en España casi no lo he visto utilizado ni, no conozco digamos todas las cláusulas compromisorias tribunales pero no se utiliza, así que por ejemplo la Cámara Internacional de Comercio recomienda, ofrece la la posibilidad de que en las cláusulas compromisorias arbitrales incluyan previamente una cláusula de mediación pero no no, el problema es que aquí en España tiene escasa, por no decir nula, difusión.

E: Muy bien.

E: Em, bueno en el caso de la mediación-arbitraje como método escalonado, me ha comentado que no se utiliza pero vue...en ese caso específico ¿lo ha visto?, ¿cuántas veces o qué tan frecuentemente ha encontrado esta cláusula en contratos?

S4: Aquí en España nunca.

E: ¿En ningún tipo de contratos?

S4: Aquí en España en ningún tipo de contratos. He intentado imponerla en un par de contratos la mediación eh, sin arbitraje, incluso con cláusula jurisdiccional y las contrapartes se han negado.

E: Muy bien.

E: Y bueno qué razones, en ese caso por ejemplo, ¿qué razones considera relevantes y fundamentales para determinar la frecuencia de la implementación de cláusulas al menos...?, bueno me dice en la mediación pero en las cláusulas escalonadas, como MED-ARB, ósea ¿qué razones son las que determinan si las incluyen o no en los contratos? como me mencionaba...

S4: No, tiene que ver con que los operadores eh con...eh de este tipo de cláusulas son los abogados y tienen desconocimiento, ósea no conocen la materia y como no conocen, les causa cierta inseguridad, entonces no le ven la necesidad, no saben ni lo que produce ni cómo utilizarla.

E: Y bueno, ahí está hablando de ¿que no las conocen?, eh bueno, ¿que no las utilizan las abogados?

S4: La formación de abogados en España no enseña técnicas autocompositivas de gestión de conflictos, no enseña ni negociación ni mediación, salvo alguna muy honrosa excepción pero

la gran mayoría de universidades no incluyen estos dentro de la formación de los abogados, con lo cual los abogados, no tienen herramientas para gestionas, con lo cual no lo conocen y no saben usar tampoco y por eso tampoco lo aplican

E: Muy bien, y ¿esto lo considera como un problema o una desventaja?

S4: Lo considero como sí, como digamos un atraso en la formación jurídica, lo considero como una falta de visión por parte de las universidades, de las cuales la misión es la función del abogado. Sí claro, es un problema porque en última instancia esto rinde en una gestión de conflictos más ineficaz, que termina perjudicando a parte, al cliente.

E: Muy bien

E: Y bueno, además de ese problema, ¿considera que hay otra desventaja jurídica o de la práctica que tendría la elaboración y aplicación de una cláusula escalonada?

S4: No, jurídica no, sino a medida que... ámbito de justicia en materia dispositiva, mientras las partes... sea algo dispositivo no tiene, jurídicamente no hay ningún impedimento, ósea se es eh... las partes perfectamente pueden elegir someterse a un proceso de mediación con arbitraje previo, muchos muchos tribunales arbitrales prevén la posibilidad de una cláusula de mediación... ósea jurídicamente, no hay ningún impedimento.

E: Y en la práctica, ¿solamente ve ese desconocimiento o esa falta de cultura?

S4: En la práctica, y en la falta de conocimiento y de cultura de los implementadores, que son los abogados es correcto.

E: Muy bien, ah bueno.

E: Ahora bien, diversos autores señalan que las cláusulas compromisorias se pueden considerar como un contrato en sí, ¿considera usted que una cláusula escalonada de mediación-arbitraje tiene una naturaleza contractual obligatoria?

S4: Sí, absolutamente. Sí, ahí depende del ordenamiento jurídico, digamos, si el ordenamiento jurídico lo permite y normalmente el derecho privado esto es dispositivo, eso tiene una naturaleza jurídica contractual obligatoria por supuesto.

E: Okey, muy bien.

E: Y ¿qué elementos fundamentales considera imprescindibles para elaborar una cláusula escalonada como la cláusula MED-ARB?

S4: Bueno lo mismo que para una cláusula de arbitraje, ósea eh son como dos cláusulas eh...juntas eh. Es imprescindible que sea muy precisa en cuanto a cómo se constituye la mediación, en qué ca, en qué casos, eh quién lo decide, para evitar que después alguna imprecisión facilite a que las partes eh, digamos, se opongan a la constitución de la mediación o, en su caso, del arbitraje. Entonces, por ejemplo, una recomendación sería remitirse a un centro con un procedimiento, tanto de designación de mediadores como de convocatoria de las partes, que esté muy explicitado.

E: Muy bien.

E: Y, al momento de redactar, ósea con los elementos que ya me mencionó, implementar y ejecutar una cláusula MED-ARB, ¿qué elementos de la cláusula escalonada considera que pueden ser controversiales? De alguno...

S4: No, ninguno, ósea eh lo que es, lo que puede fundar la controversia es la ausencia de definición. Si por ejemplo, yo no establezco el proceso para elegir un mediador, imaginamos que pongamos “las partes acuerdan someterse a una mediación antes de recurrir al arbitraje”, entonces lo que va a ser controversial es quién designa al mediador, cuánto des...quién le paga, en qué centro de mediación, esto va a generar, la indefinición es lo que va a generar la controversia.

E: Muy bien, sí, gracias.

E: Bueno, si quiere ahondar o me podría explicar un poco más de las ventajas y desventajas jurídicas de la im...la implementación de una cláusula escalonada como la MED-ARB puede hacerlo.

S4: No, jurídicamente, no tiene ninguna, ni ventaja ni desventaja, lo jurídico establece el ámbito de lo posible, permitido y no permitido, ósea digamos no tiene jurídicamente ninguna desventaja, puede ser una desventaja práctica. La desventaja práctica es que damos un espacio relativamente rápido, seguro y confidencial para gestionar un conflicto que estadísticamente eh de cada diez casos siete se pueden solucionar por vía de mediación. Pero es una consideración práctica, no jurídica.

E: A ver, ajá ¿pero ahí está hablando solamente de un de un procedimiento, bueno o enfocado más a la mediación en el, en un procedimiento escalonado?

S4: Sí.

E: ¿Sí, verdad?

S4: A ver el arbitraje y el juicio, en el fondo son, son estructuralmente lo mismo, son procesos heterocompositivos donde la solución la da un tercero, entonces eh y los arbitrajes pueden ser de amigables componedores o de ley pero en cualquier caso tienen un ámbito de actuación que está tan limitado como la ley y como juez, ósea que desde el func... desde la estructura del funcionamiento de las ventajas o desventajas en cuanto a la posibilidad de las soluciones que se pueden brindar, es evidente que sea el juez. En cambio el arbitraje es la velocidad de constitución, la velocidad del proceso y, eventualmente, si trabajamos con amigables componedores bueno pueden ser otros criterios que estén en juego.

E: Muy bien.

S4: Pero sigue siendo un tercero el que define y sigue siendo...y sigue teniendo pautas de las cuales no puede salirse más por...independientemente de cuales sean los intereses de las partes.

E: Muy bien.

E: Em, bueno ahí ya me mencionó que hablando jurídicamente no es complicado combinar dos métodos de solución de conflictos em cuy...pero en la cuestión de principios y es... y esencia del procedimiento de mediación y arbitraje ¿no considera que se puedan contraponer en algún sentido no?

S4: Salvo que el arbitraje eh...cada tribunal arbitral es un mundo, ósea cada proceso cada si...cada tribunal tiene su propio procedimiento, se podría contraponer si hubiera alguna cláusula o alguna disposición del centro de arbitraje que establezca que no se puede pactar previamente a una mediación. Qué desventajas puede tener simplemente esa que si no está bien formulada la cláusula de mediación puede implicar una demora en llevar a cabo todo el proceso de gestión de conflictos, entonces como no podemos arbitrar hasta que no esté decidida la mediación y si yo formulo mal una cláusula de mediación y esto hace que se demore meses en la constitución de una mediación, esto es una desventaja pero es una cuestión técnica.

E: Y en la cuestión del principio de voluntariedad de la mediación, cree que si se pacta una mediación dentro de una cláusula compromisoria escalonada, ¿no se infringe ese principio? Y que se obligue a...

S4: No pues el principio...primero de todo, el principio lo que tenes es doctrinario, hay alguien que opina que esto es así, punto, pero esto no significa que tenga eficacia legal. Ninguna ley establece que, digamos, eh no no establece qué qué se entiende por el voluntariado, no.

Segundo, es dispositivo, la voluntariedad también puede estar en las partes en someterse a una mediación previamente, es lo mismo que es voluntario someterse a un tribunal arbitral.

E: Muy bien.

S4: Entonces no afecta de modo alguno la voluntariedad.

E: Muy bien, gracias.

E: Y bueno eh podría explicar también ¿por qué en la práctica no se impulsa con mayor frecuencia el uso de las cláusulas escalonadas, como la MED-ARB, siendo que organismos nacionales e internacionales, que como ya mencionó sí prevén dicha cláusula que contiene métodos alternos en su conjunto?

S4: Sí, no se aplica mucho en el entorno latino, digamos, continental europeo y eso tiene que ver con lo que decía antes, con simplemente la ignorancia y el desconocimiento de los abogados eh de cómo hacer... de cómo aplicar, de cómo hacer que un sistema de gestión de conflictos, sobretodo autocompositiva les beneficie a sus clientes, no lo saben manejar, por eso no lo usan...

E: Muy bien.

S4: No lo conocen tampoco y tampoco tienen experiencia con esto y eso tiene que ver con que esencialmente la formación jurídica, al menos aquí en España y en varios países del mundo latino, eh contempla a la misión del abogado como un operador legal, no como un gestor de conflictos en un sentido más amplio

E: Sí, exactamente.

E: Bueno, por último, de acuerdo a su experiencia profesional y lo antes mencionado, me podría explicar, ¿por qué consideraría o no aplicar una cláusula compromisorio escalonada, como la MED-ARB, en contratos del Sector Energético? Y bueno, ahí el Sector Energético, me explico, hay contratos entre Administración Pública y privados, entre particulares...

S4: No, no tengo experiencia directa con el Sector Energético. Eh la mediación entre particulares no veo ningún motivo por el cual no sea recomendado...por la flexibilidad del proceso y además por lo rápido que es porque aparte no obliga a las partes a mediar, ósea basta con que se comparezca una vez ante el mediador, escuchen al mediador y ahí pueden seguir o no. La regla es que la..., la experiencia indica que cuando las partes comparecen ante

un buen mediador le dan una...juegan una parte... y diría que de 7 de cada 10 casos se terminan resolviendo en instancia de mediación, ósea que esto descomprimiría también los tribunales arbitrales, ósea que solamente un 3%... un 30% iría finalmente al arbitraje más o menos, entonces hablamos de casi tribunales en otros países, hablo de Inglaterra, hablo Estados Unidos, incluso Argentina. Eh ¿la otra parte de la pregunta era?...

E: Eh, nada más era ¿por qué consideraría o no aplicar esa cláusula escalonada en contratos de...en el ámbito de...?

S4: En el amb...del Sector Energético sí, eh cuando no la consideraría es cuando interviene el Sector Público...eh el Sector Público, la Administración Pública pero esto es porque tiene que ver con que la Administración Pública en por lo general no tiene facultades para negociar, ósea la Administración Pública por lo general rigurosa siempre es sospechosa, digamos, de de cohecho, de...entonces la parte dispositiva... digamos así, en la medida de que la Administración Pública o funcionario que va a intervenir en la gestión de este conflicto tenga facultades para negociar y para acordar, también las recomendaría. Mi experiencia indica que, son pocas entidades públicas las que tienen esta facultad, entonces simplemente no...simplemente no funciona, si la Administración Pública no tiene facultades para transigir, entonces la mediación quizás no funcione. Si tiene facultades para transigir, entonces también funcionaría exactamente igual.

E: Y en el caso que la Administración Pública, bueno, o algún organismo o dependencia de la Administración Pública de un país eh permita o establezca un procedimiento de conciliación o de mediación y algún otro previsto de método alternativo, ¿la consideraría aunque la Administración Pública sea juez y parte?

S4: Sí, por supuesto porque no no, la mediación no vale que sea juez y parte, no importa porque no pierdo nada con intentarlo. Insisto, yo voy a una mediación y como digo, si veo que hay un avance, si veo que el mediador ayuda, si veo que la otra parte está dispuesta a que yo pueda ganar algo, si me permite conocer más de lo que estoy conociendo, no me quita nada. Eh lo bueno de la mediación, a diferencia del arbitraje o del juicio, es que yo controlo el comienzo y también controlo el final, ósea que una vez que empiezo el proceso no tengo que llevarlo hasta el final, no tengo que esperar seis meses o un año o tres hasta que termine la mediación como sería el caso del arbitraje.

S4: Yo el día de mañana, veo que no avanza y no avanza, entonces el el el apostar, el intentarlo en la medida que, estructuralmente, insisto, la contraparte tenga las facultades de transigir, yo creo que siempre es una ventaja. No se pierde mucho, más mucho menos en temas

importantes como el Sector Energético, donde estamos hablando de mucho dinero, de mucha implicación, de muchos problemas donde hay un interés particular el solucionar esto de forma rápida. Podría decir en qu... en casos de menor cuantía, seguro nos duplicas ahí ir a la mediación, después a un juicio, después es mucho trabajo pero yo diría bien en sectores importantes, como el Energético, yo creo que no hay más allá de las razones mencionadas, no hay ninguna que justifique, diría incluso, no intentar una mediación.

E: Muy bien.

E: Bueno, muchas gracias y con esto damos por terminada la presente entrevista y vuelvo a agradecer el tiempo, apoyo y colaboración brindada, reiterándole que los datos, información y resultados derivados de esta entrevista quedan a su disposición para su consulta, además de que se le recuerda la confidencialidad de la presente entrevista siendo necesario reiterarle que se resguardará su identidad y anonimato para el análisis de la misma.

S4: Muy bien.

E: Muchas gracias.

Entrevista semiestructurada 5

E: Buenas tardes, primeramente procederé a presentarme y a hacer mención de algunas cuestiones relevantes para el desarrollo de la entrevista. Mi nombre es Melissa Guadalupe Adame Rivera, tengo el grado de Licenciatura en Derecho por la Universidad de Monterrey, actualmente soy estudiante del programa de Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos impartido en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en México.

E: El tema de mi tesis versa sobre “Las cláusulas MED-ARB en la solución de conflictos del sector energético”, el cual tiene como hipótesis encontrar los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos del sector energético internacional, misma que se buscará comprobar a través de la aplicación de un método cualitativo, como lo es la entrevista semiestructurada en profundidad.

E: De antemano se le agradece primeramente al entrevistado por su tiempo, disponibilidad y opinión respecto al tema que nos ocupa, siendo preciso señalar que su participación es de valiosa importancia para el análisis del tema antes señalado. De la misma manera se le hace conocer al entrevistado que sus datos personales e identidad permanecerán en el anonimato salvo manifestación contraria del sujeto, al igual que se le comunica que la presente entrevista será grabada en audio por cuestiones meramente de análisis y estudio de las respuestas otorgadas.

E: Es menester informarle al entrevistado que los datos, información y resultados derivados de la presente entrevista quedarán a su disposición si desea consultarlos, así como también se aceptarán aclaraciones, sugerencias y comentarios que quisiera aportar y considere que serán de valor para la presente entrevista. Dicho lo anterior, se procederá a realizar algunas preguntas al entrevistado.

E: Bueno, primeramente, de manera breve y clara, ¿podría mencionar su trayectoria académica y profesional, así como el puesto que desempeña actualmente relacionado a los métodos alternos de solución de conflictos?

S5: Pues muy buenas tardes, muchas gracias, soy Javier Íscar, y estoy encantado de poder realizar esta entrevista con usted. Eh yo soy abogado desde el año 94 y desde hace ya 27 años me dedico en exclusiva a temas relacionados con los métodos alternos de solución de conflictos, principalmente el arbitraje y la mediación, desde mis puestos de responsabilidad en instituciones arbitrales y de mediación como son Secretario General de la Asociación Europea

de Arbitraje, Secretario General del Centro Iberoamericano de Arbitraje, Presidente del Centro de Mediación y Solución de Conflictos CEMED y Presidente de la Corte Hispano-marroquí de Arbitraje. También ejerzo como árbitro en arbitrajes internacionales y nacionales en instituciones como arbitrajes bajo Reglas CCI o bajo Reglas Cámara de Madrid y otras instituciones de arbitrajes ad-hoc y mediaciones en mediaciones sobre todo mercantiles, civiles y mercantiles. Y desde hace...durante el 2000 me dedico en exclusiva a esas...también soy ahora mismo, desde el año 2013, miembro de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid.

E: Muy bien, muchísimas gracias.

E: Eh bueno en la experiencia profesional que ha acaba de comentar, ¿cuál es su opinión de la eficacia y resultados de los métodos alternos de solución de conflictos, en el ámbito nacional, en España, así como en el ámbito internacional?

S5: El...digamos que la respuesta no es fácil porque eh depende un poco de de qué...en qué área nos queramos mover. Digamos, si la pregunta se refiere efectivamente a cuál es la eficacia y resultados en cuanto a todos son buenos en la medida en que aquellas empresas y aquellos abogados o por señores que han utilizado métodos como la mediación y el arbitraje, el grado de satisfacción es muy alto pero en cuanto a eficiencia y resultados respecto del número de empresas y abogados que someten sus contratos a arbitraje y mediación a otros métodos pues podemos hablar de que todavía son casi simbólicos y no pueden...no llegan ni al 1% total de los contratos domésticos los que acaban en este tipo de métodos.

S5: En el ámbito internacional en cambio es al revés, es el método que se utiliza de forma natural, es más fácil que una empresa acabe a una mediación, que acabe a un arbitraje o acabe a una dispute board, que acabe a un adjudication o que acabe a un neutral expert evaluation, etcétera, es más fácil en el ámbito internacional porque es natural que las partes huyan de los jueces nacionales y huyan también de las cortes arbitrales locales, prefieren arbitraje internacional.

E: Muy bien, muchísimas gracias.

E: ¿Cuál es su opinión respecto a la implementación de los métodos alternos de solución de conflictos utilizados en conjunto, o también llamados métodos híbridos o métodos escalonados?

S5: Bueno yo creo que eh los abogados debemos recomendar a las empresas que utilicen los métodos escalonados de forma digamos extraordinaria y que si, que no sea una forma

genérica. Para algunos conflictos, algunos sectores como el de la construcción, el de la energía o el sector de la IT, donde los contratos suelen ser contratos de tracto sucesivo sí que...y de largo, de larga duración, sí que es recomendable ver herramientas escalonadas para que no se rompa la relación, es decir, si son contratos largos y son contratos de tracto sucesivo, lo que el uso debe ser eh habitual...pero en estos contratos hay que seleccionarla, una cláusula híbrida o escalonada mal redactada es una cláusula patológica.

E: Muy bien, eh

E: Y, respecto a estos métodos escalonados que recomienda en cierto tipo de contratos, ¿cómo considera que un método escalonado puede aportar más a la gestión de conflictos en que un método alternativo por sí solo? Me comentaba sobre mantener la relación entre las partes...

S5: Sí, yo creo que las empresas cada vez valoran más un elemento en cuanto a la gestión de conflictos, el control del conflicto, y hay métodos que permiten que el control sobre el conflicto lo mantenga la parte, como son la negociación y la mediación. En la negociación y la mediación el control sobre el conflicto todavía lo tienen las partes, no depende de un tercero que decida, pueden seguir negociando o mediando y salirse de ese método en cualquier momento, con lo cual tienen el control del conflicto. Por tanto, considero que en la medida que esos esos métodos son útiles para mantener la relación, en la medida que son métodos que en muy poco tiempo pueden llevar a una solución del conflicto son recomendables que sean métodos previos a los métodos heterocompositivos como son el arbitraje o los juzgados.

E: Bueno, ahora bien, me podría mencionar ¿cuáles considera que son los métodos escalonados de solución de conflictos más utilizados actualmente, así como cuándo y dónde se ha encontrado con implementación de dichos métodos escalonados?

S5: Sí, los más utilizados son principalmente la negociación, la mediación y el arbitraje, por ese orden. Con unos, unos plazos des... ley máximo en cad...en negociación hasta un plazo de 15 días desde que surge el conflicto, mediación durante un plazo de 60 a 90 días desde que surge el conflicto y si no hay posibilidad de acabar con acuerdo de mediación, arbitraje, que es el siguiente. En construcción en cambio, hay dos métodos, bueno un método que es muy utilizado es el dispute board.

S5: El más utilizado que es muy útil, tanto en la versión como dispute board como recomendación, como dispute board como decisión, que son métodos escalonados previos al arbitraje y que en grandes obras, grandes construcciones complejas es muy útil, un ejemplo es el Canal de Panamá, donde las disputes boards han sido utilizadas para intentar mantener el

contrato, la relación, y que un experto, generalmente un ingeniero, decida donde radica el conflicto y quien tiene razón sin necesidad de acabar en arbitraje y ahora que luego hay arbitraje pero afortunadamente después de terminar casi la obra, porque el Canal de Panamá ha costado casi 7,000,000 de dólares y ha habido muchos conflictos en el intering, igual que en todos los contratos, en mi experiencia, de hardware donde una empresa importante, proveedora de cualquier aplicación informática, eh evidentemente cuando uno contrata para 2 o 3 años un programa muy relevante no puede romper la relación de los 6 meses porque el costo del programa o los plazos o los hechos no se cumplan, y para eso también están la mediación y a negociación que son métodos cada vez más incluidos en los contratos en este tipo de sectores.

E: Muy bien.

E: Em, mencionaba el caso de la mediación y el arbitraje bueno en...en estos métodos alternos, como métodos escalonados, bueno ¿cuántas veces o qué tan frecuentemente ha encontrado cláusulas MED-ARB en contratos mercantiles y civiles o civiles?

S5: Em, no mucho, no es frecuente, en algunos sectores cada vez más, por ejemplo, en temas de propiedad industrial e intelectual hay ya cláusulas escalonadas med-arb, donde eh la mediación puede ser por ejemplo de la OMPI que es la...¿lo conoces no la OMPI? Y si el caso de que ha vencido llegar a un acuerdo en un plazo de 60 o 90 días, arbitraje de otra institución o de la propia OMPI también al fin arbitraje.

S5: Son temas donde el...temas de energía también ya se intenta ir más a negociación y mediación antes de arbitraje, sobretodo mediación, porque en tema de energía los conflictos suelen ser conflictos en los que se...la controversia está relacionada con los precios eh y en estos casos el paso del tiempo, o el transcurso excesivo del tiempo que se tarde más de 2 años en obtener un laudo lleva aparejado una incertidumbre en costos en las empresas que no se puede permitir porque la decisión tiene efecto retroactivo, a la fecha de la controversia tenemos que el precio que pacta un proveedor de energía y el cliente es el que sea, entonces si se tarda 2 años cuando el árbitro dice que tiene razón una de las partes supone un sobre costo a una de las dos impo...muy muy importante del que sea necesario que haya una solución en un plazo máximo de 3-4 meses que no cree que esta incertidumbre en las empresas. Los empresarios lo último que quieren son sorpresas, digamos es huyen, un consejo de administración huye de las sorpresas y la negociación y la mediación, sobretodo la mediación, evita sorpresas. El arbitraje te puede dar la sorpresa de que pierdas el asunto.

E: Muy bien.

E: Mencionaba sobre los contratos del sector energético, ¿se refiere a contratos de consumo o en materia de consumo? O ¿a contratos entre particulares?

S5: No, no, me refiero a contratos entre empresas...entre con particulares hay que enfatizar, en España el arbitraje privado el de consumo no está permitido, es decir, un consumidor solo puede ir a arbitraje con una empresa si lo decide después de surgida la controversia, es decir, Endesa, Iberdrola, Eulen no pueden obligar al consumidor al arbitraje en sus contratos, se llama cláusula nula por abusiva, solamente es válida si el consumidor acepta ese arbitraje después de surgida la controversia y en ningún caso además hay cláusulas MED-ARB. El llamado arbitraje de consumo que hay en España es un arbitraje que son...una especie de arbitraje que no es tal, donde los consumidores si la empresa está adherida al sistema, que no es un contrato, es una adhesión puede instar lo que son quejas y reclamaciones.

E: Muy bien

S5: Y hay un arbitraje que son de 3 árbitros que es público, que depende de la Junta Regional de Consumo pero que no es de lo que estamos hablando, es distinto al arbitraje comercial.

E: Bien, gracias por la aclaración

S5: Claro, claro.

E: Em, ¿qué razones considera relevantes y fundamentales para determinar la frecuencia de la implementación de cláusulas MED-ARB en contratos civiles, mercantiles?

S5: Sí, yo, yo creo que las encuestas y los barómetros que hay, que se hace la empresa y abogados determinan que más del 75% de las empresas y abogados prefieren llegar a un acuerdo antes de ir a un juicio o un arbitraje. Esto permite saber que al menos sabemos que debemos ofrecer como alternativa al conflicto una solución distinta al arbitraje y al juzgado porque es lo que quieren los abogados y las empresas que es "dame una solución o intenta un mecanismo distinto de eh los elementos...las herramientas coercitivas de acabar en arbitraje y en juzgados.

S5: Entonces, yo diría que las razones fundamentales son evitan coste de tiempo, evitan coste económico, pues son más baratos, evitan coste reputacional del conflicto a solucionarse tan rápido no tiene...se extiende a terceros. Hay un coste que yo considero muy relevante que es el coste de, vamos a llamarlo, emocional o sentimental, el poder dormir sin que el conflicto siga vivo. Uno cuando se va a acostar y pone la cabeza en la almohada es cuando revive los

problemas, los conflictos los llevamos a la cama. La negociación y la mediación permiten que el conflicto descanse antes, con lo cual es el coste emocional también se libera.

E: Gracias

E: Bueno, menciona ahora ¿qué problemas y desventajas jurídicas tendría la elaboración y aplicación de una cláusula compromisoria escalonada?

S5: Sí, en solución de conflictos hay la máxima que decimos los digamos estos, la máxima es “lo menos es lo más”, a veces cuando menos pongamos en una cláusula es mejor para que esa cláusula sea válida sobretodo en temas de arbitraje, no inventemos cosas que no están inventadas porque puede provocar que la cláusula sea patológica y mucho más cuando son cláusulas escalonadas. Una cláusula escalonada que no delimite los tiempos de forma correcta supone una cláusula patológica. Si ponemos una mediación previa a la...al arbitraje, hay que decir qué mediación y qué plazos para evitar que haya un elemento de subjetividad que permita a una de las partes discutir si ha concluido esa fase previa a la anterior. Igual pasa con la negociación, negociación durante qué plazo y por qué y para qué antes de pasar a la mediación. Si pasamos a mediación, durante qué plazo, para qué y qué tiempo es el plazo antes de ir a arbitraje, si eso no está estipulado, va a haber así un arbitraje para determinar si se puede iniciar el arbitraje, se oye un poco...una paradoja y una pérdida de tiempo.

E: Sí, exactamente.

E: Bueno, ahora bien, diversos autores señalan que las cláusulas compromisorias se pueden considerar como un contrato en sí, em ¿considera usted que una cláusula escalonada de mediación-arbitraje, MED-ARB, tiene una naturaleza contractual obligatoria? Y ¿por qué opina eso?

S5: Bueno em, yo creo que sí, en mi opinión el convenio arbitral es un contrato ajeno al contrato principal y tiene vida propia, así lo determinan incluso muchas jurisprudencias, no solamente la judicial sino también la arbitral, donde puede ser un contrato nulo pero no, no es nula la cláusula arbitral o el convenio arbitral ni tampoco la escalonada, por lo tanto es un contrato distinto. ¿Es obligatorio?, te diría un sí porque todos los contratos que llevan a solución distintas de la solución judicial nacen del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

S5: El...la autonomía de las partes, por tanto, su propia voluntad, rige la decisión de abstraerse de los juzgados para ir a otros métodos distintos, por lo cual es vinculante y es verdad que lo único que no obliga es que las herramientas que no sean de arbitraje lo que permite a las

partes es ponerle fin en cualquier momento, te obligan a ir a la negociación o a la mediación si están en la cláusula escalonada pero eso no te obliga a que termine de buena fe o con buen fin o con acuerdo, así la parte puede decidir que en el inicio de la mediación y en el arbitraje, digo la mediación y la negociación, pero que no hay posibilidad de acuerdo y que sea un árbitro el que lo solucione y, por tanto, considero que es obligatoria y vinculante.

E: Solamente es someterse o acceder al método pero no, no terminarlo...

S5: Eso...si si hay una cláusula escalonada que dice que primero hay que hacer negociación durante un plazo de 15 días, luego mediación 30 días y luego arbitraje, la parte que inicia directamente el arbitraje, entiendo que no puede hacerlo porque está obligado a ir al paso previo de la negociación y de la mediación, solamente irá al arbitraje cuando la negociación y la mediación fallen pero está obligada a ir a la negociación, a la mediación y al arbitraje, y no podría ir al juzgado porque tiene que ir a esas herramientas pactadas.

E: Perfecto.

E: Em y ¿qué elementos considera fundamentales...¿qué elementos fundamentales considera imprescindibles para elaborar una cláusula compromisoria escalonada como la cláusula MED-ARB?

S5: Sí, yo creo que si se va a hacer una cláusula escalonada el primer elemento imprescindible es el...los tiempos, eso es lo que vengo comentando en la entrevista, tiene que darse bien claro cuando se entiende que la negociación o la mediación se han dado por realizadas y para eso es, creo en mi opinión, que debe recogerlo el propio la propia cláusula, no dejarlo al albor de de opiniones de terceros, entonces tendríamos que resolverlo vía arbitraje, vía judicial qué quieren decir las partes al redactar el contrato, es decir, hay que evitar que las cláusulas escalonadas puedan ser interpretadas, tienen que recoger de una forma clara y concisa lo que quieren las partes y para eso es fundamental que se diga el tiempo de la negociación, el tiempo de la mediación y quién va a hacer la mediación, si va a ser un centro de mediación el que va a designar al mediador o si ya queremos designar al mediador o quien va a ser la autoridad nominadora que designe al mediador...

E: Mm sí...

S5: ...Y en cuanto a arbitraje igual, quien va a hacer el arbitraje, qué corte arbitral, cuántos árbitros y quién los va a designar. Eh es muy importante evitar que las cláusulas lleven a que la decisión para la designación del mediador o la decisión para la designación del árbitro sea siempre de común acuerdo, si se deja al común acuerdo la designación del mediador o del

árbitro, sabemos que cuando haya un conflicto ese acuerdo nunca va a llegar, tiene que ser que en caso de que no hay acuerdo para designar un mediador o árbitro, haya un tercero que lo haga para que pueda subsanar sus defectos porque las partes están...sobre todo una de las partes va a querer, la parte que ha generado el conflicto jamás va a querer ir a una herramienta y pondrá todos los palos en la rueda para evitar que esa ese procedimiento de designación de mediador o de árbitro eh ocurra.

E: Y ahí el designar una autoridad nominadora sería...

S5: O autoridad nominadora en arbitrajes ad-hoc o en mediaciones ad-hoc, no sé quiero decir el Presidente del Colegio de Abogados de Monterrey, por ejemplo, o que sea directamente una institución, en CIAR en casos de mediación que es un arbitraje CIAR, un arbitraje CEMED, un arbitraje de un centro que esté consolidado en cuanto a mediación, y en cuanto a arbitraje pues se ponen Reglas CCI, Reglas CCI o ICC que significa que en caso de que las partes no digan nada el Reglamento de la ICC recoge como debe ser todo el procedimiento e incluso la designación de los árbitros.

E: De aplicación supletoria.

S5: De aplicación supletoria en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, efectivamente, con lo cual subsana cualquier defecto en la decisión de la cláusula.

E: Y con lo que mencionaba antes de que “lo menos es más”, ahí bueno sería que esto sí estuviera presente pero ya agregar más cosas que puedan influir en la interpretación,

S5: Claro

E: ...pues ahí sí sería perjudicial

S5: Sí, cuando digo “lo menos es más” hay diversas cosas que hay que poner sí o sí en la cláusula arbitral, la mediación yo creo que es menos importante porque es una herramienta en que las dos partes pueden salirse en cualquier momento, el mediador no deja de ser un tercero que ayuda a las partes y son las partes las que controlan el conflicto. Pero en el arbitraje yo creo que hay que saber en primer lugar si 1 o 3 árbitros; en segundo lugar si va a ser un arbitraje ad-hoc o un arbitraje administrado, si es ad-hoc quién va a ser la autoridad nominadora, que sea alguien que va a existir que no va a ser alguien que después no exista, el Presidente de la Cámara de Comercio ¿y si luego no hay presidente?, eh y que no esté contaminado, tenemos que el presidente es alguien que fue socio del despacho de una de las partes, con lo cual deriva en cláusula patológica; eh el idioma; la sede del arbitraje, es decir, ¿es igual elegir sede en

México que decir sede en España?, pues no, son parecidas las legislaciones pero luego tienen los jueces mexicanos y los españoles tienen un concepto distinto del orden público por ejemplo.

S5: Entonces son cosas en los que las partes pueden decidir luego más cosas, la ley aplicable al fondo, la ley aplicable al arbitraje, eh que sea más idiomas, todo eso que exceda de lo elemental supone un problema y luego sobre todo que la cláusula diga que para todas las cuestiones, tanto la terminación, como la ejecución, como la interpretación del contrato y así la cláusula está muy delimitada, Y en caso de duda, nos sometemos al arbitraje de una institución determinada, que esa institución ya recoge en su reglamento todo, en defecto de pacto, el idioma; en defecto de pacto, el lugar; en defecto de plazo, el arbitraje de derecho de equidad; en defecto de pacto, los plazos; en defecto de plazo, los honorarios en arbitraje ad-hoc o en la mediación, también en la cláusula que quieras poner, y que además la mediación dure 2 días y el arbitraje 1 mes, y además que sea un ingeniero, que sepa italiano, francés y que conozca la ley de Houston, es complicado encontrar, esas cláusulas tan delimitadas, son de imp...son de imposible...ni no no encontraríamos ni un árbitro de ese perfil ni conseguiríamos que ahora encontrándolo pueda hacer un laudo en plazo de un mes o en un plazo de 3 meses porque no hay tiempo en que hay algunas cláusulas que uno las ve, que también tendría que decir son imposibles de cumplir.

E: Muy bien, gracias por la aportación.

E: Bueno eh, al momento de redactar, implementar la cláusula MED-ARB, ¿qué elementos de la cláusula escalonada considera que pueden ser controversiales? Y ¿por qué?, bueno además de la extensión y ser muy específico y buscar elementos que sean, bueno que pidan o imposibiliten en la implementación y aplicación de la cláusula.

S5: Yo creo que el elemento que más controversia genera es el elemento de la elección del centro de mediación o del centro de arbitraje en su caso, hay una tendencia de desconfiar de la parte que propone un mediador, un centro de mediación, un árbitro o una institución arbitral, ¿por qué?, porque si yo a usted le propongo una institución arbitral va a pensar que van va a ser más friendly conmigo porque yo la propongo, entonces usted me propondrá otra y así ya tenemos que ir a una especie de institución donde estemos cómodas las dos partes. Es muy complicado la selección de la institución, por ejemplo ahora sabemos que las empresas rusas en temas energéticos y de offshore están saliendo de la Corte de Estocolmo, como corte a la que confiaban sus controversias, no sabemos las razones.

S5: Entonces se salen de esa institución, que es una institución muy especialista en el sector energético y se irán a lo mejor a las Cámaras Suizas o se irán al London Court o donde se sientan más confortables, es decir, la elección del centro del arbitraje es eh digamos el primer punto, el siguiente es la elección de los árbitros, si no hay acuerdo lo hará la institución pero es muy complicado encontrar árbitros en sectores tan específicos como energético en donde no estén en conflicto, todos los grandes expertos en el sector energético han trabajado alguna vez en empresas importantes y, por tanto, encontrar un árbitro que no esté en conflicto es complicado, y un mediador menos porque un mediador en teoría no es tan importante que sea un experto, el mediador puede ser alguien que sepa mucho de mediación, algo de la materia pero no el máximo experto en la materia, en arbitraje es fundamental aunque hay una doctrina que dice que el mediador también debe conocer mucho el sector, hay quien piensa que si lo conoce mucho el mediador puede contaminarse e intentar tender a que una de las partes incline la balanza.

E: Esa observación no la conocía, gracias.

E: Bueno, em ¿hay alguna otra ven...ventaja o desventaja jurídica que no haya mencionado y que quisiera agregar? Aparte de...ósea porque creo que ya contó suficientes pero no sé si tenga otra...

S5: Ahora mismo no se me ocurre ninguna más pero seguro que encontramos alguna, siempre hay alguna (risas).

E: Gracias.

E: Bueno, podría profundizar ¿por cuáles razones considera que resultaría jurídicamente complicado comb combinar dos métodos de solución de conflictos cuyos principios y esencias son diferentes, como lo son la mediación y el arbitraje?

S5: Sí, al nivel doméstico en España es un problema de cultura, eh digamos que las herramientas distintas de la judicial son herramientas de una gran influencia sajona, donde la ten... la tendencia a llevar a mediación y a arbitraje los conflictos es natural, los arb...incluso los jueces derivan a estas herramientas los conflictos de una forma natural, pero mira esto les derivo sin que pase nada, en España no. En España, por ejemplo, hay una obligación del de los jueces de impulsar los procedimientos judiciales, con lo cual es más complicado aunque ahora puedan hacerlo y pueden derivar a mediación intrajudicial el tema más complicado, con lo cual mucho más es que las empresas y abogados incluyan cláusulas MED-ARB en los contratos pero hay una falta de cultura, hay una desconfianza en las herramientas porque no las conocen.

S5: Digamos que toda mi generación estudiamos con un plan de trabajo, un plan de estudios, que el plan del año 53 que duró muchísimo donde no nos enseñaron nunca lo que era el arbitraje y la mediación y al no ir, en las universidades no se enseña, entonces es más complicado eh confiar. Y luego en España todavía unos abogados creen que por el hecho de ser abogados son mediadores, la mediación en mi opinión requiere de una formación distinta, una formación de práctica, una experiencia, unas dotes de ingenio, de psicología y una actitud que por ser abogado no la tienes, ni por ser psicólogo tampoco, entonces primero hay que aprenderlas y el arbitraje requiere una experiencia, tener 25 años o 30 años de experiencia para poder ser árbitro, digamos contrastado.

E: Pero, por ejemplo, considera que un abogado podría, ósea no no vería un problema en juntar esos dos si tuviera la preparación de mediación, el conocimiento y la cultura de la mediación y el arbitraje...

S5: Sí, sí.

E: No cree que considera que sea...

S5: No creo que sea un problema, todo lo contrario, creo que es muy útil que las cláusulas fuesen cláusulas escalonadas de mediación y arbitraje, la cláusula MED-ARB, por dos razones, primero porque la mediación como tal es una herramienta digamos cómoda para las partes porque no supone colisión en la relación, es fácil de..."bueno vamos a darle una oportunidad a ver si podemos solucionarlo vía mediación", es menos costosa, es rápida, es confidencial, por lo cual, no causa digamos controversia eh en las partes y es una herramienta, la MED-ARB, que permite el acceso al arbitraje de forma también natural pues es una cláusula que en el caso de la mediación no llegue a buen puerto, lo natural es ir a arbitraje, no es ir a juzgado, con lo cual la forma de tener más arbitrajes y más cláusulas de arbitraje, en mi opinión es, a través de la cláusula MED-ARB.

E: Perfecto, muy bien.

E: Bueno, podría explicar bue... ¿por qué en la práctica no se impulsa con mayor frecuencia el uso de las cláusulas escalonadas, como la cláusula MED-ARB, siendo que organismos nacionales e internacionales, como la Cámara de Comercio Internacional, la Asociación Americana de Arbitraje prevén una cláusula como ésta que contenga los métodos alternos de solución de conflictos?

S5: Bueno, eso lo decía antes la falta de...

E: La cultura...

S5: La cultura, la falta de uso, es verdad que la triple A, o en su versión de arbitraje comercial la ICDR, sí que propone la cláusula MED-ARB pero no tanto como parece, ICC yo creo que no propone, la propone en su página web pero no se utiliza mucho, instituciones que sí la utilizan cada vez más con por ejemplo la OMPI, eh la cláusula escalonada cada vez la utilizan más, la comentan más, eh CPR también eh el Centro de Arbitraje Permanente también eh utilizan este tipo de herramientas y yo creo que lo natural es que cada vez la cláusula que se incluya en los contratos sea cada vez más una cláusula escalonada de mediación y arbitraje, la MED-ARB yo creo que en un plazo de 8 a 10 años será una cláusula que la veremos en una forma habitual en los contratos.

E: Sí, es que me ha tocado ver que a lo mejor no la incluyen pero muchos abogados dicen es que está implícito porque en las contrataciones siempre que se les presenta un conflicto em buscan negociar primeramente y esa es una cláusula escalonada entonces pero no...

S5: Pero no viene en la cláusula ¿no?

E: Ajá, no está escrita.

S5: O negocias o no se negocia, yo la negociación no la pondría en la cláusula, es como cuando se pone en los contratos "las partes intentarán de forma amistosa llegar a una solución antes de ir a arbitraje", eh es natural, a mí si una parte me incumple un contrato lo que haría antes de presentar una demanda es llamar por teléfono e intentar una negociación y llegar a un acuerdo o una reunión en el caso que directamente no me contesten el teléfono o no pueda reunirme iría a la segunda fase pero esa primera fase es natural al conflicto, todo el mundo, bueno el 99% antes de iniciar un arbitraje o un procedimiento judicial, negocia...negocia, qué puedes negociar de forma "tengo la razón eh completa", que es una negociación un poco más agresiva o negociar porque "tengo la razón pero no tengo la la razón completa" pero siempre se intenta la llamada, no conozco yo ningún caso que se presente directamente la demanda.

E: Muchas gracias.

E: Bueno, por último, de acuerdo a su experiencia profesional y lo antes mencionado, me podría explicar, ¿por qué consideraría o no aplicar una cláusula compromisoria escalonada, como es la MED-ARB, en contratos del Sector Energético?

S5: Sí, el sector energético es...

E: Tiene muchos tipos de contratos pero bueno lo que usted conozca y en su experiencia, ¿aplicaría esta cláusula a los contratos?

S5: En los contratos energéticos que son contratos de suministro es una cláusula que puede ser muy bien utilizada porque lo que hace es permitir que el tiempo no afecte al conflicto, que al final es una solución, eh sobre todo en la mediación, rápida y necesaria. En todos los contratos que lleva aparejado discusión sobre el precio, de las tarifas en cont...en grandes contratos de proveedores de energía eléctrica en países eh pero también sería más que deseable. Los abogados de empresa en el sector energético eh lo que más les disgusta es que un conflicto vía arbitraje se demore más de 2 y 3 años porque esa incertidumbre que decía yo antes de saber si el precio en vez de ser de 2 euros o 5 euros el megavatio, es 10, supone que lo que costaba mil millones iba a costar tres mil millones si el laudo no me quitara el decremento de 3 años. Es muy importante buscar soluciones distintas del estilo la mediación o del estilo de las dispute boards.

E: Entonces este tipo de cláusulas le daría más certeza jurídica...

S5: Sí.

E: De poder solucionarlo lo antes posible.

S5: Sin duda.

E: Y en el caso de los contratos del sector energético donde se involucren contratistas o asignatarios con personas o propietarios de bienes, terrenos que no sé em van a hacer una explotación de algún terreno y que hacen un contrato para adjudicarse...

S5: Sí, ahí obviamente la empresa energética tiene más fuerza y son cláusulas impuestas, entonces si no solo no serán negociadas son condiciones generales de contratación y es frecuente que la empresa obligue al cliente final a acudir al arbitraje a sabiendas de que generalmente el que incumple es el cliente final por falta de pago.

E: Muy bien.

E: Bueno, muchísimas gracias y con esto damos por terminada la presente entrevista y vuelvo a agradecer el tiempo, apoyo y colaboración brindada por el entrevistado, reiterándole que los datos, información y resultados derivados de esta entrevista quedarán a su disposición para su consulta, además de que se le recuerda la confidencialidad de la presente entrevista siendo necesario reiterarle que se resguardará su identidad y anonimato para el análisis de la misma.

S5: Sí, pero yo encantado si mi...si mi nombre sale no tengo ningún problema.

E: Ah muchas gracias.

S5: Están autorizados de dar mi nombre, mis datos y lo que haga falta.

E: Gracias.

S5: De nada.

Entrevista semiestructurada 6

E: Buenos días, primeramente procederé a presentarme y a hacer mención de algunas cuestiones relevantes para el desarrollo de la entrevista. Mi nombre es Melissa Guadalupe Adame Rivera, tengo el grado de Licenciatura en Derecho por la Universidad de Monterrey, y actualmente soy estudiante del programa de Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos impartido en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en México.

E: El tema de mi tesis versa sobre “Las cláusulas MED-ARB en la solución de conflictos del sector energético”, el cual tiene como hipótesis encontrar los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos del sector energético internacional, misma que se buscará comprobar a través de la aplicación de un método cualitativo, como es la entrevista semiestructurada en profundidad.

E: De antemano se le agradece primeramente al entrevistado por su tiempo, disponibilidad y opinión respecto al tema que nos ocupa, siendo preciso señalar que su participación es de valiosa importancia para el análisis del tema antes señalado. De la misma manera se le hace conocer al entrevistado que sus datos personales e identidad permanecerán en el anonimato salvo manifestación contraria del sujeto, al igual que se le comunica que la presente entrevista será grabada en audio por cuestiones de análisis y estudio de las respuestas otorgadas.

E: Es menester informarle al entrevistado que los datos, información y resultados derivados de la presente entrevista quedarán a su disposición si desea consultarlos, así como también se aceptarán aclaraciones, sugerencias y comentarios que quisiera aportar y considere que serán de valor para la presente entrevista. Dicho lo anterior, se procederá a comenzar la misma.

E: De manera breve y clara, ¿podría mencionar su trayectoria académica y profesional, así como el puesto que desempeña actualmente relacionado a los métodos alternos de solución de conflictos?

S6: Vale, mi formación de origen es abogada, llevo en el mundo de la mediación desde hace 12 años, eh practico la mediación en el ámbito privado en un gabinete privado, eh soy desde hace 11 años Presidenta de la Asociación Madrileña de Mediadores, constituí en su momento en una plataforma de mediadores también dura...desde al año 2006-2008 fui la Presidenta para el desarrollo de mediación mercantil de España, eh yo creo que te mando un curriculum.

E: Sí.

S6: Porque si no vamos a estar así un montón.

E: Sí, bueno, muchas gracias.

E: Em en la experiencia profesional que me comenta y la que todavía no me ha comentado, ¿cuál es su opinión de la eficacia y resultados de los métodos alternos de solución de conflictos, en el ámbito nacional, ósea en España, y en el ámbito internacional?

S6: ¿Se refiere a mi experiencia personal con ellos? ¿Cuál han sido los resultados que yo he visto en mi propia experiencia?

E: Sí.

S6: Hombre, eh yo sobre todo practico la mediación, ósea no practico otros como la conciliación o la negociación ¿no?, y entonces bueno soy una plena convencida de la necesidad y difusión de estos medios y sobre todo lo que me parece super importante es que son las personas las que toman el control de sus decisiones, de su vida y de su conflicto. Em creo que aunque no se lleguen a acuerdos da una visión del...ayuda a las partes a ver una visión distinta del conflicto y sin...incluso si no llegan a acuerdos pero tienen el suficiente tiempo como para poder em tener una mediación em fructífera pues pueden incluso, aunque no lleguen a acuerdos, a verse de otra manera o entenderse de otra manera, con lo cual plenamente satisfactorios estos sistemas sobre todo la mediación que es lo que yo he practicado hasta ahora.

E: Gracias.

E: ¿Cuál es su opinión respecto a la implementación de los métodos alternos de solución de conflictos utilizados en conjunto, o los llamados métodos híbridos o métodos escalonados?

S6: ¿Cómo mediación y arbitraje?

E: Sí.

S6: No tengo experiencia, nunca lo he hecho, eh lo que sí me parece es que en el caso de las instituciones que conozcan...que conozco que lo hacen, sí que tiene que ser muy escrupulosa la explicación de cada uno de ellos porque eh las consecuencias jurídicas de uno y de otros son completamente distintas ¿vale?, y creo que también incluso la formación de los profesionales o la forma de enfocar el conflicto es distinta. Em creo que lo que hay que hacer es tene...que sean muchísimo más cuidadosos con la explicación de los dos...de ambos de ambos de los

métodos escalonados que se utilicen, de las consecuencias jurídicas sobre todo y de la forma de desarrollarlo.

E: Muchas gracias.

E: ¿Cómo considera ahora, con lo que me comenta, que un método escalonado puede aportar más a la gestión de conflictos en que un método alternativo por sí solo? Como lo sería la mediación o el arbitraje por sí solos...

S6: Hombre, creo que es un un un paso más ¿no?, quiero...que...pero es que yo no creo que el arbitraje sea el sistema escalonado el siguiente, hay muchos más ¿no?, entonces el más extendido es mediación y arbitraje ¿no?, eh las cláusulas estas famosas. Yo creo que hombre pero...no estoy hablando de arbitraje en particular sino un método escalonado donde hay otras posibilidades de ofrecer que mejor vamos a negociación y luego mediación ¿no?, que también se puede hacer. Yo creo que el hecho de ofrecer siempre una alternativa a un fallido intento de otro sistema es muy positivo ¿no? porque no te cierras solo al al ámbito judicial, ósea que la otra alternativa no sea un juicio. Siempre que la alternativa siguiente no sea un juicio me parece, me parece positivo por supuesto.

E: Perfecto.

E: Bueno, ahora eh me podría mencionar ¿cuáles considera que son los métodos escalonados de solución de conflictos más utilizados actualmente, así como cuándo y dónde se ha encontrado con implementación de esos métodos escalonados?

S6: No tengo ni idea y además no me he encontrado, sé que hay instituciones en España que lo practican porque son instituciones de mediación que a su vez son cortes de arbitraje y sé que son las que están están haciéndolo en España, eh como el Colegio de Abogados pero incluso en el Colegio de Abogados no tiene la alternativa del arbitraje creo que el colegio....que la Fundación Signum también, sí que lo hace eh pero el colegio... me refiere al Colegio de Abogados de Madrid pero las cláusulas escalonadas, la verdad que no no he visto demasiadas y no me no no y no sé dónde las están utilizando, no tengo ni idea ahora mismo de aquí como se están haciendo.

E: No, no se preocupe, gracias por la aportación.

E: Bueno en el caso de, específicamente de mediación y arbitraje como método escalonado, ¿qué tan frecuente lo ha encontrado cláusulas MED-ARB en contratos civiles y mercantiles?

S6: Muy pocos, prácticamente en ninguno

E: En ninguno, ¿aquí en España?

S6: En España, sí.

E: Muy bien.

E: Y ¿qué razones considera relevantes y fundamentales para determinar la frecuencia de la implementación de estas cláusulas MED-ARB en contratos sean civiles o mercantiles?

S6: ¿Qué razones considero...?

E: Relevantes o fundamentales, ósea...

S6: ¿Para qué se... para divulgar la implantación de estos de estos sistemas?

E: Ajá, para determinar porque sí se usan o no se usan a su perspectiva, ¿cuál considera...?

S6: Yo creo que hay gran desconocimiento ¿no?, y luego, yo personalmente, no los firmaría porque no quiero que...no quiero un arbitraje a la alternativa de mediación, creo que la que tiene la puerta abierta...ahora mismo tienes una puerta que tu creas es porque el arbitraje está funcionando a su manera también porque son cortes privadas, entonces apresuradas donde la selección de los árbitros no sabes bien como se hacen, no sabes cómo se hace la formación y bueno el...la ventaja...la mediación es...tiene todos estos componentes también pero tú en la mediación, tú te levantas y te vas. En un proceso arbitral una vez que te has metido, no sales y el laudo es el laudo, eso no se puede apelar, entonces bueno apelar de una manera mucho más complicada. Yo, personalmente, el escalonamiento de mediación y arbitraje es algo que a mí me parece que son tan distintas que no sé si debería ser el método escalonado pero no he visto ninguna y me parece difícil por eso, porque creo que son procedimientos distintos y porque creo que explicar a la gente las ventajas de unos y otros, y sobretodo recomendar el sitio adecuado es lo difícil ¿no?

E: Muchas gracias

E: De la misma manera, me podría mencionar ¿qué problemas y desventajas jurídicas tendría la elaboración y la aplicación de una cláusula...la elaboración y aplicación de una cláusula compromisoria escalonada?

S6: ¿Qué ventajas jurídicas tendría la elaboración?

E: Las desventajas, qué problemas o que inconvenientes cree que tendría elaborar y aplicar una cláusula compromisoria escalonada en materia civil, en materia mercantil.

S6: Hombre, yo creo que las ventajas eh siempre es la ventaja de una alternativa al sistema judicial vale, a la al juicio en ambos casos porque ambas cláusulas lo que hacen es evitar el juicio que mi...bueno que el arbitraje es un juicio light pero no deja de ser un juicio con un laudo que decide un tercero por ti y que luego recurrirlo es...tengo entendido que no se puede recurrir tan fácilmente un laudo de arbitraje ¿no?

E: Sí, no no, es cosa juzgada.

S6: Entonces na...por ejemplo un juicio sí que puedes siempre recurrir pero un laudo no, ¿vale? Entonces eh yo de arbitraje sé muy poco, la verdad es que no tengo ni idea, entonces yo creo que en ventajas siempre es bueno porque no deja de ser una una alternativa al juicio. Ahora, desventajas pues eso, que te metes a un procedimiento distinto y a mí lo que me preocupa sobre todo, desde el punto de vista de usuario y de operador jurídico, es lo que se les explica a las partes, hasta qué punto saben dónde se meten en cada momento y eso sería, para mí, que cuando firman es esa cláusula que tuvieran suficiente información.

E: Y no... ¿no cree que sería un inconveniente mezclar dos figuras totalmente diferentes?, ósea porque tienen una naturaleza diferente...

S6: Exacto.

E: Entonces las reglas, las formas son diferentes...

S6: Totalmente, por eso por eso no me parece, ósea lo que sí, yo más que nada, cláusula de mediación y arbitraje, lo que es una cláusula de mediación, la cláusula de mediación no funciona y no da otro sistema ¿no?, que las propias cláusulas...las propias partes de la mediación el proponerles llegar a un acuerdo sobre otros sistema alternativo más que ir a juicio, igual ese sería un final un final mucho más feliz, eh proponerles, que consulten y que ev...que intenten evitar el...el que se comprometan a evitar el juicio, a lo mejor ese podría ser un resultado de una mediación ¿no?, si se comprometieran a evitar un juicio y yendo a otro sistema alternativo de resolución de conflictos. Sí que es verdad que son dos figuras jurídicas muy distintas, la mediación y el arbitraje.

E: Muy bien.

E: Bueno, ahora bien, diversos autores señalan que las cláusulas compromisorias se pueden considerar como un contrato en sí, ¿considera usted que una cláusula escalonada de mediación-arbitraje, la MED-ARB, tiene una naturaleza contractual obligatoria?

S6: Para la mediación no, como mucho es en sesión informativa y luego si no hacen la mediación y se van a arbitraje, no sé hasta qué punto se puede ser una obligatoriedad, me imagino eso ahora, como en todas partes, criterios unos a favor y otros en contra ¿no?. Eh, hombre, yo creo que al final eh la voluntariedad es lo más importante ¿no?, en cualquier proceso, desde luego yo creo que incluso si...en el caso de la mediación, ya digo el del arbitraje lo desconozco, pero en la mediación incluso,... en la mediación aunque te comprometas a ir a mediación, tu puedes hacer una sesión informativa y luego no ir a mediación porque la base de la mediación es la voluntariedad, entonces tu puedes hacer una sesión informativa o hacer un inicio de mediación pero luego te puedes levantar e irte y eso nadie te lo puede...no puede ser perjudicial en ningún momento.

S6: En el...ahora ¿si eh yo no hago mediación, tengo obligatoriamente que ir a arbitraje o a o si falla la mediación tengo que ir obligatoriamente al arbitraje?, hombre la cláusula me imagino que estará para obligar, en el caso de arbitraje me imagino no sé no sé, yo creo que para mediación no pero no sé si sería obligatoria, yo creo que no debería serlo porque también las cosas...el tiempo pasa que si yo ahora te firmo una cosa y dentro de 5 años a lo mejor he cambiado mi perspectiva sobre nuestra relación, sobre el concepto que tenemos del negocio y demás, no lo sé no lo sé, creo que que no debería serlo, si hay autores que la defienden, yo creo que no debería serlo porque luego tiene que haber una voluntad de las partes que tiene que ser, que tiene que estar por encima, las partes tienen conflictos y tienen que intentar comprometerse a resolverlos lo mejor posible pero a lo mejor en ese momento no hay posibilidad de hacerlo de otra manera que yendo a otro sistema, no lo sé, a un juico o lo que sea, evitar en la mediación y en el arbitraje, no lo sé.

E: Okey, bueno lo lo...se pregunta por el hecho, bueno como menciona que la mediación no es obligatoria pero el arbitraje sí, entonces al momento de seguir el principio pacta sunt servanda pues bueno, ahí hay una contraposición.

S6: Sí, claro no me extraña, yo jamás firmaría una cláusula de mediación y arbitraje.

E: Muy bien.

S6: Lo que sí, es cierto, es que volvemos a lo del inicio, las partes tienen que ser plenamente conscientes de lo que están firmando, ósea lo que no me parecería bien es que la cláusula de mediación-arbitraje fuera una cláusula de consumo por ejemplo, de grandes empresas, donde establecieran ese tipo de resolución de conflictos, yo no sé además si la Ley de Consumo te permita hacerlo pero por ejemplo, cuando tu firmas un contrato con Telefónica o cuando firmas con en el ya Movistar o cuando con el canal de...bueno con el agua, con la luz, con el

gas, ósea no me parecería que fueran contratos que es una cláusula para contratos eh donde tú no tienes posibilidad de negociar las cláusulas, que es lo que pasa con muchos.

E: Adhesión

S6: Claro, un contrato de adhesión, exacto, entonces ahí no me parece adecuado pero sí que me parece importante que lo tenga la gente muy claro, que la gente tenga consciencia de lo que está firmando, siempre es lo de las decisiones informadas.

E: Muy bien, gracias.

E: Bueno, ahora bien, ¿qué elementos fundamentales considera imprescindibles para elaborar una cláusula escalonada como la cláusula MED-ARB? En el supuesto de que tuviera que establecer una cláusula y las partes están de acuerdo, ¿cuáles considera que deberían estar en esa cláusula para que fuera eficaz?

S6: ¿Qué partes y cómo debe estar redactada la cláusula?

E: Ajá, qué elementos o qué aspectos deberían estar que no ósea que al momento de redactarla diga “estos son fundamentales sino no es una cláusula...”

S6: Pues yo a lo mejor lo que haría es eh en la propia cláusula o integrado en la cláusula de alguna manera la explicación del proceso porque yo puedo haberme enterado ahora y...ósea tiene que quedar clarísimo que las partes han...a lo mejor han...se les ha explicado correctamente el proceso de mediación y el de arbitraje y aceptan ¿no? ...pero claro luego nos encontramos como pasó en España con el tema de las cláusulas suelo, que estaban los notarios que en teoría lo explicaban y muchos no lo explicaron, entonces eh sí que para evitar ese tipo de de en un futuro poner denuncias posibles que quede claro la definición de la mediación y que las partes lo han entendido con todas sus características y demás.

E: Muy bien, y esos elementos bueno que considera...

S6: Mediación y arbitraje, me refiero a los dos.

E: Sí, gracias.

E: Eh de esos elementos de que debe llevar una cláusula, ¿hay alguno que considere que es controversiales? Ósea además de que tenga que ser explicado, hay alguno que diga, de los elementos que normalmente lleva una cláusula compromisoria, “en las cláusulas de MED-ARB este elemento puede causar conflictos a futuro”, sean jurídicos o prácticos.

S6: No, no porque ya si sabes que estás obligatoriamente, ósea si las partes están informadas debidamente, si saben que si no van a mediación, incluso si no van a mediación y van a arbitraje, y si la mediación falla y van a arbitraje obligatoriamente, que renuncian a los tribunales ordinarios y que la...y que la el laudo arbitral es es...no se puede impugnar, no creo que haya ningún problema siempre y cuando las partes estén bien informadas.

E: Informadas, muy bien, gracias.

E: Em, bueno, em si quisiera ahondar o profundizar un poco más en las ventajas y desventajas jurídicas o ¿algo que quisiera agregar en la implementación de esta cláusula compromisoria que no haya dicho?

S6: A mí me parece importante eh porque ahora está muy de moda eh ser que lo cierras con una institución definitiva de mediación, muchas veces muchas cláusulas de derivación a mediación son a una institución determinada y me imagino que también las cláusulas de derivación al arbitraje ¿no?, se derivan directamente a cortes de arbitraje...

E: Sí, a las institucionales, cuando el arbitraje, ajá...

S6: Vale, no hay una corte, no sé si derivan en una corte arbitral específica o se derivan en general. Para mí sería importante que, como yo este contrato lo firmo ahora, y a lo mejor ahora mismo no hay una institución...pongo el caso, supongamos que tu y yo firmamos un acuerdo de mediación y ahora mismo la institución de mediación más potente en este ámbito es el Colegio de Abogados de Madrid y la y la Corte de Arbitraje de Madrid y también ¿no?, la corte de arbitraje en general o la corte de arbitraje... claro yo no creo que el Col...yo me imagino que estas cláusulas se venden en un pack, es decir, yo soy corte de arbitraje y soy institución de mediación, con lo cual me quiero llevar los dos porque esto al fin es un negocio, entonces me quiero llevar dinero a mi corte arbitral o a mi institución de mediación ¿vale?, es legítimo, no no quiero penalizar la necesidad de hacer negocio ¿vale?

E: Sí sí sí, muy bien.

S6: Lo que sí me parecería importante entonces es que si, claro a mí quién me garantiza que dentro de 10 años la mejor corte de arbitraje de Madrid es la del Colegio de Abogados, y la mejor institución de mediación de Madrid es el Colegio de Abogados, o quien...que estén los dos al unísono, o quién me garantiza a mí que sí que la institución del Colegio de Abogados sea un avión pero a lo mejor no exista la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid puede que no exista, está como cualquier otra, entonces lo que me parece importante, cuando firmas un contrato a largo plazo, es no cerrar esta cláusula de tal manera que yo me

comprometa a ir a una institución, que en su momento cuando yo la firmé era buenísima y existía pero en un futuro no exista...

E: Muy bien.

S6: O ya no sea tan buena como tú y yo, incluso tú y yo ahora hemos decidido ir a esta corte de arbitraje y a esta institución de mediación pues sabemos que son más potentes pero dentro de 10 años cuando tengamos que resolver nuestro conflicto eh no lo sean, entonces sí que mucha gente lo que te dice es que claro “pero si no te pones de acuerdo si quiera en el mediador, eh ya la hemos liado” pero yo creo que es importante dejar claro en esos artículos que la elección de la corte de arbitraje o de la institución de mediación sea realizada por las partes o, en su defecto, por los abogados pero siempre de mutuo acuerdo, no cerrarme ya la opción de ir a este sitio o a otro porque dentro de 5 años a lo mejor hay una súper institución de mediación que se dedica a este ámbito específico, imagínate que ahora no existe una institución de mediación que se dedique pues no sé a patentes y marcas, y dentro de 5 años aparece por qué tengo que ir al Colegio de Abogados cuando firmado que iba...cabrón ya sé que hay una institución de mediación que es especialista, donde están los mejores especialistas en patentes y marcas eh de España.

E: Ósea que la cláusula sea, que explique y sea...

S6: Y que sea abierta...

E: Pero que no se, ajá, que no se limite, que no sea limitativa.

S6: Claro, porque yo creo que ahora...yo lo veo por la mediación, como está evolucionando el mundo de la mediación y yo sé que hay mucha gente, hay instituciones que van a desaparecer, estoy convencida.

E: Que, ah okay.

S6: Las instituciones de mediación, yo corte...insisto el corte la corte...el arbitraje no es mi palo pero sé que hay cortes de arbitraje que van a desaparecer o cortes de arbitraje que ahora tienen una fama que luego no van a poder mantener.

E: Entonces, harían muy complicado que las...

S6: No, es que me obligas a ir a un sitio que no es bueno.

E: Es como si las partes acordaran de antemano ir a un arbitraje o a una mediación, bueno arbitraje ad-hoc, y que establecieran un árbitro o un tribunal arbitral...

S6: Tu imagínate que establecemos un árbitro y se ha muerto...o perdió la cabeza o a ese hombre le han imputado o ese hombre ya no es tan bueno que...a mí lo que me parece, ósea yo puedo estar de acuerdo con ir al proceso y aun así bien explicado pero lo que me parece que hay muchísimas, lo que hay en el 99% de las cláusulas de mediación y arbitraje son la derivación a instituciones concretas y por qué yo si tengo ese conflicto dentro de 5 años, ¿esa institución es buena?, ¿esa corte de arbitraje es buena?

E: No lo sabemos.

S6: No lo sabemos.

E: Hay incertidumbre.

S6: Hay incertidumbre, con lo cual si tú y yo queremos trabajar en las manos de los mejores profesionales, no nos puedes cerrar el paso con una institución ahora...

E: Muy bien.

S6: Eso es lo que yo...eso es lo que más miedo me da.

E: Muy bien, gracias por la aportación.

S6: De nada.

E: Bueno ahora em, ¿por cuáles razones considera que resultaría jurídicamente complicado combinar dos métodos de solución de conflictos cuyos principios y esencias son diferentes, como es la mediación y el arbitraje? Aquí en el supuesto que usted lo considerara si es jurídicamente complicado porque, como me mencionó, si está bien explicado el procedimiento, no debe de haber ninguna complicación en la implementación.

S6: No, claro pero que jurídicamente queda claro entonces yo no voy a ir a una mediación, hago un acta final de mediación donde dice que las partes no van a mediación y que, por lo tanto, bueno pues eh y ya está, el siguiente paso es ir a arbitraje. Si desde un principio renuncio a la mediación o voy a sesión informativa y no hay ni siquiera mediación pues está, no sé...

E: Pero ahí considera que debería ser necesario que haya una constancia de que las partes...

S6: Claro pero es que el proceso de mediación es muy claro, es que el proceso de mediación tiene un acta de inicio y un acta final, y acuerdos si hay, entonces en el caso de la mediación está súper protocolizado, entonces no creo que haya ningún problema en la implementación porque el ac...la mediación es un procedimiento protocolizado jurídicamente por ley, con un

acta de inicio y un acta final, y un acuerdo de mediación en el caso que haya, o incluso un acta de inicio donde se dice que solamente ha habido una sesión de mediación, la única que ha habido y que está ahí firmada y ya está, y que las partes renuncian a la mediación, ósea no me preocupa tanto por la mediación porque está súper protocolizado, no creo que haya ningún problema...en España por lo menos, donde la mediación está súper protocolizada por la Ley de Mediación de 5/2012.

E: Muy bien, gracias.

E: Y bueno, ahora en la práctica eh, ¿por qué considera que no se impulsa con mayor frecuencia el uso de las cláusulas escalonadas, como la MED-ARB, siendo que organismos nacionales e internacionales, como la Cámara de Comercio Internacional, la Asociación Americana de Arbitraje, entre otros, eh si las...sí prevén dichas cláusulas de métodos alternos? Por qué, ósea, por qué no se impulsa más...

S6: Porque hay un desconocimiento claro de esto y desconocimiento brutal por el público y por muchos eh abogados y por muchas empresas que no lo saben y porque a lo mejor no se fían de las instituciones que van a poner o no se fían tampoco de la de los profesionales que hay en este momento ¿no?, quiero decirte que es algo que es una realidad. Eh en el caso de la mediación, bueno en el arbitraje yo no sé si hay muchas empresas que tengan ya la cláusula de derivación a arbitraje desde un principio, no creo que tampoco haya millones, sí que es recomendable y es lo fácil pero mm a lo mejor hay una hay una, en el caso del arbitraje que lleva más tiempo, a lo mejor hay una reticencia porque no, la gente no confía en el proceso. En el caso de la mediación, no existe ni eso porque todavía la gen...es muy reciente y la gente no conoce lo que es la mediación, no sé si... es puro desconocimiento pero del usuario, de la empresa y de los agentes jurídicos.

E: Okey, sí, suena un poco bueno sí, lógico, porque actualmente no...se limitan a seguir la tradición de seguir a la jurisdicción y de de quedarse bajo las leyes nacionales por protección a la empresa...

S6: Claro, exacto pero no son capaces de firmar lo de la mediación, porque lo ven un peligro cuando son todo al revés, yo creo que es más seguro ir a la mediación, luego si no estás contento irte a juicio, te da muchas más pistas sobre lo que quiere la otra parte, sobre lo que necesita el contrario, no sé te permite a res...reestructurar muchas cosas ¿no?

E: Sí, gracias.

E: Em por último, y bueno de acuerdo a su experiencia profesional y lo que me ha mencionado, eh podría explicar, ¿por qué consideraría o no aplicar una cláusula compromisoria escalonada, como la MED-ARB, en contratos del Sector Energético? Que yo entiendo que no es su su rama o su área, ámbito de práctica...

S6: Exacto.

E: De práctica profesional pero en contratos de...

S6: Pues

E: Perdón, de la Administración Pública con los particulares donde ya no... los dos son eh personas privadas o no sé...

S6: No lo sé porque eh no...yo si fuera usuario, me planteo esa postura desde usuario ¿vale?, porque la Administración no lo no lo sé, no...a ver a mí me parece interesante porque es una forma de de resolver sus conflictos de de una forma mucho más fácil y demás y volvemos a lo mismo, ¿hay profesionales, hay mediadores específicos específicos en materia energética que puedan hacer bien, que puedan ayudar a las partes a resolver su conflictos y existen cortes de arbitraje específicas en este ámbito?

E: Bueno ahí no...yo creo que a lo mejor particulares, puede ser...

S6: Pero cortes de arbitrajes específicas, entonces yo voy a ir a una corte y también te voy a decir una cosa también puede ser un juez que tampoco tenga ni idea eh, por eso yo creo que por ejemplo la mediación sí que es mucho más potente porque son especialistas que van a mediar ahí, especialistas en ese ámbito, que además se han hecho mediadores. Cuando tú vas a un juicio, los jueces no tiene por qué saber de todo...

E: No.

S6: Las cortes no están especializadas en ese sentido...

E: Muy bien.

S6: Entonces, a mí me...si no hay cortes, no hay cortes y si a lo mejor existe una corte arbitral pero volvemos a lo mismo, una corte arbitral que exista ahora que a lo mejor en 5 años no existe

E: Puede ser, sí no y también, ósea bueno hay muchos tipos de contratos en el sector energético desde los de consumo, de yo con la persona que me suministra hasta yo empresa

privada y mi inversor extranjero que voy a voy a no sé...algún contrato de licitación pública en otro país, entonces ahí ya estamos hablando de...

S6: Pero una pregunta y de, perdona mi ignorancia. En arbitraje, ¿para que se inicie un arbitraje tiene que haber una cláusula de derivación a arbitraje?

E: En arbitraje, pues es que tiene que haber un convenio arbitral, y el convenio arbitral puede ser una cláusula compromisoria o puede ser un convenio por separado independiente.

S6: ¿Pero qué se puede hacer a posteriori?

E: Sí, sí también.

S6: Ósea tú y... ¿tú y yo no tenemos nada firmado y tenemos un conflicto y decidimos ir a arbitraje, entonces firmamos un convenio?

E: Sí.

S6: Vale, entonces en la mediación también, yo quiero decirte, creo que lo que hay que plantearse en un futuro, lo que tienen que plantearse las empresas y los agentes jurídicos y toda la gente que está ahí es decir bueno pues ir informando cada vez más al llegar a un conflicto los abogados específicos y especialistas en la materia proponérselo a su cliente, que es...es como va a funcionar la mediación porque está claro...yo lo primero que voy a hacer es contratar a un abogado específico en este tema.

E: Sí, entonces aunque tengan alguna cláusula que prevea algún algún juicio o litigio, de todos modos que el abogado sepa y pueda orientar...

S6: Exactamente porque puede decir podemos evitarlo porque todos todos...todos los contratos tienen cláusulas por las...perdón las partes acuerdan de, si en el caso de conflicto, derivarse o ir tribunal del a los tribunales de Madrid ¿no?, renunciar a su fuero y o Madrid o París o donde sea, bueno pues igual que hay esta cláusula eh puedes decidir también...ósea y ya al momento esa cláusula donde las partes renuncian a su fuero porque la empresa madre está donde sea pues poder también decir bueno pues será la mediación en tal sitio porque oye, a lo mejor es simplemente es mucho más sencillo, si hacemos la mediación en otro, online o no sé, te da muchas más posibilidades yo creo.

E: Ósea establecerlo como alternativa no necesariamente antes de celebrar el contrato...

S6: Claro o se puede...y si se celebra antes que el contrato diciendo que que las partes serán libres de escoger, o que hay un listado o que incluso que dentro...proponer incluso un listado

de cortes de arbitraje en ese momento y de mediadores entre los que se obligan a exigir...a escoger a uno para dar más seguridad jurídica también o para darme hasta garantía de que son mediadores o instituciones de mediación específicas en este ámbito, no reservarme solo a uno, por eso tener un listado, es que puedes hacer lo que quieras.

E: Sí, hay una...bueno dentro de de las cláusulas y los contratos... es lo que las partes...

S6: Decidan, entonces te... yo no... yo te digo “no me gustaría tener uno solo” pero podemos decir “vale, uno solo no pero pongamos cuatro”, de los cuatro dentro de 5 años muy mala suerte, entonces no hay ninguna y decimos oye mira nos ponemos de acuerdo, no hay ninguna buena vamos a otro sitio.

E: Muy bien, sí, claro, bueno, muchas gracias.

S6: A ti, gracias al revés, a ti por por preguntarme.

E: Con esto damos por terminada la presente entrevista y vuelvo a agradecer el tiempo, apoyo y colaboración brindada por el entrevistado, reiterándole que los datos, información y resultados derivados de esta entrevista quedarán a su disposición para su consulta, y se le recuerda también de la confidencialidad que guarda la presente entrevista siendo necesario reiterarle que se resguardará su identidad y anonimato para el análisis de la misma.

S6: Muy bien, muchas gracias a ti, al revés, mucha suerte, que te vaya muy bien.

Entrevista semiestructurada 7

E: Buenos días, primeramente procederé a presentarme y a hacer mención de algunas cuestiones relevantes para el desarrollo de la entrevista. Mi nombre es Melissa Guadalupe Adame Rivera, tengo el grado de Licenciatura en Derecho por la Universidad de Monterrey, actualmente soy estudiante del programa de Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos impartido por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en México.

E: El tema de mi tesis versa sobre “Las cláusulas MED-ARB en la solución de conflictos del sector energético”, el cual tiene como hipótesis encontrar los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos del sector energético internacional, misma que se buscará comprobar a través de la aplicación de un método cualitativo como lo es la entrevista semiestructurada en profundidad.

E: De antemano se le agradece primeramente al entrevistado por su tiempo, disponibilidad y opinión respecto al tema que nos ocupa, siendo preciso señalar que su participación es de valiosa importancia para el análisis del tema antes señalado. De la misma manera se le hace conocer al entrevistado que sus datos personales e identidad permanecerán en el anonimato salvo manifestación contraria del sujeto, al igual que se le comunica que la presente entrevista será grabada en audio para cuestiones meramente de análisis y estudio de las respuestas otorgadas.

E: Es menester informarle al entrevistado que los datos, información y resultados derivados de la presente entrevista quedarán a su disposición si desea consultarlos, así como también se aceptarán aclaraciones, sugerencias y comentarios que quisiera aportar y considere que serán de valor para la presente entrevista. Dicho lo anterior, se procederá a realizar algunas preguntas al entrevistado a modo de presentación y descripción de su competencia, capacidad y valor que aportarán sus opiniones al tema a investigar por la entrevistadora.

E: Bueno, primeramente, de manera breve y clara, ¿podría mencionar su trayectoria académica y profesional, así como el puesto que desempeña actualmente relacionado con los métodos alternos de solución de conflictos?

S7: Eh muchas gracias. Eh mi nombre es XXXXXXXX, soy abogado y profesional en Herbert Smith Freehills Madrid, eh soy experta en derecho de seguros, responsabilidad civil y métodos alternativos de solución de conflictos. Eh Licenciada en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y con el Diploma de Estudios Avanzados en derecho mercantil. Mi

experiencia en métodos alternativos de solución de conflictos empezó aproximadamente a finales de los años 80 eh mientras yo trabajaba como Directora General, como Coordinadora de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, Sección Española, eh que contaba con un Tribunal Español de...un Tribunal de Arbitraje de Seguros, en el que había una Comisión de Conciliación. Como Secretaria General del Tribunal, estaba a cargo también de la Secretaría de la Comisión de Conciliación y fue donde empecé a trabajar con métodos alternativos de solución de conflictos en el área del derecho de seguros y posteriormente eh seguí avanzando e investigando en métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente en la mediación, también muy relacionada con el mercado internacional de seguro y reaseguro, eh fundamentalmente durante mi...durante mi estancia como abogado en la firma inglesa Davis Arnold Cooper, en la oficina española y ahora, actualmente en Herbert Smith.

E: Muy bien, eh gracias.

E: Bueno en la experiencia profesional que me acaba de comentar que ha tenido, ¿cuál es su opinión de la eficiencia y los resultados de los métodos alternos de solución de conflictos en el ámbito nacional e internacional?

S7: Bueno, desde mi punto de vista los métodos alternativos de solución de conflictos son métodos altamente eficientes cuando se utilizan, el problema está en que vamos...vayamos primero por España y luego por el ámbito internacional, en el ámbito nacional, en España, son métodos todavía muy poco utilizados, en el arbitraje, que bueno no es claramente un método alternativo de solución de conflictos porque al final es una traslación del método jurisdiccional a lo que llamamos la justicia privada, ha tenido un desarrollo moderado en España evid...ósea ha tenido un desarrollo muy limitado en lo que son em reclamaciones entre particulares puesto que además se ha considerado una cláusula abusiva por la ley de ...la ley de protección a los consumidores y en el ámbito empresarial eh ha tenido una moderada una moderada aceptación y éxito.

S7: La moderada aceptación y éxito yo creo que se debe, yo creo que fundamentalmente, a la opacidad que hay entorno al arbitraje, eh la confidencialidad provoca que, en España, que no haya que no haya conocimiento sobre sobre qué arbitrajes hay, cuáles son los laudos, no hay publicidad de los laudos arbitrales, con lo cual la persona que se enfrenta a un arbitraje tiene muy poca información sobre qué es lo que puede esperar.

S7: En cuanto a métodos alternativos de solución de conflictos, pasa un poco lo mismo, aunque hay un... desde hace unos 6, 7 años, hay un gran impulso dentro de la...dentro de lo que es la administración pública para promover este tipo de métodos, realmente la difusión de cómo

funcionan ha sido muy muy escasa, entonces yo creo que eso mm nos hemos quedado un poco en la idea de que de que son muy útiles pero nadie explica porque son muy útiles, es muy útil, es más rápido pero nadie dice por qué o cómo funcionan, entonces también emplea un gran desconocimiento sobre cómo funciona la figura en sí.

S7: En cuanto en el ámbito internacional, eh en lo que es el ámbito empresarial, yo creo que los centros de mediación y la mediación en determinados... en determinadas áreas de negocio está muy extendida, mucho más de lo que pensamos, de hecho, a mí me parece llamativo que cuando nosotros organizamos una mediación en el mercado inglés nunca podemos mediar con el mediador que queremos porque siempre tiene unas agendas muy muy intensas, muy ocupadas eh, y yo creo que ya ante mi experiencia personal, em asistencia a mediaciones, tanto como mediador como consejero de parte de la mediación, los porcentajes de éxito en la mediación que manejan las...que manejan los centros de mediación que están en torno a 75% coinciden con mi experiencia personal. Yo creo que es altamente eficaz.

E: Muchas gracias.

E: Bueno también eh ¿cuál es su opinión respecto a la implementación de los métodos alternos de solución de conflictos utilizados en conjunto o también llamados métodos híbridos o escalonados?

S7: Pues tengo la misma opinión de las cláusulas de arbitraje, eh que al final las incluyen en los contratos eh personas que no sab... no las conocen, que no saben cómo funcionan y son las típicas cláusulas “mismatch” ¿no?, lo dice todo, que se meten a última hora y muchas veces el hecho de que las cláusulas de solución de conflictos que se inter... que se incluyan en las cláusulas estén poco pensadas hace que sean poco eficaces.

S7: Yo, en mi experiencia, eh cuando nos encontramos la mayor parte de las veces en contratos, cláusulas de arbitraje o métodos híbridos están diseñados de una manera que no, que no ayuda a que realmente las partes se pongan de acuerdo o bien porque la referencia al método de solución de conflicto previo al arbitraje es demasiado amplio porque están mezcladas cláusulas híbridas con cláusulas de jurisdicción, lo que hace que las cláusulas híbridas sean completamente ineficaces. Nosotros precisamente en el despacho eh tenemos un grupo que trabaja para la...para mejorar la redacción de este tipo de cláusulas.

E: Muy bien.

E: Y bueno, ¿cómo considera usted que un método escalonado puede aportar más a la gestión de conflictos que un método de solución de conflictos por sí solo?

S7: Pues eh yo creo que puede aportar más porque da una solución redonda o quiere dar una solución redonda por supuesto asumiendo lo que decíamos que la cláusula de...que la cláusula escalonada esté pensada de verdad y esté diseñada por alguien que tenga experiencia en su uso. Em por qué puede... por qué puede dar, ¿por qué puede ser más eficaz, puede aportar más? pues precisamente por su carácter escalonado porque va permitir ayudar a que cuando se llegue al último, al segundo de los métodos, las partes tengan un conocimiento muy superior del conflicto al que tenían en el momento de iniciarse, entonces eso les va a permitir plantear mucho mejor, por ejemplo, el arbitraje, en el caso de que hayan tenido la posibilidad de una mediación anterior.

S7: Pero sí que creo que es importante que la cláusula lo que determina es con mucha exactitud cómo tiene que ser esa primera parte de la, esa primera parte eh de la negociación, la mediación, el neutral evaluation, lo eh... cual sea cual sea ese primer método no decisorio creo que es muy importante que las partes se tomen el tiempo para desarrollarlo eh en profundidad o, en el caso de elegir una mediación, para que sea una mediación que esté sujeta a un reglamento ya existente, conocido por las partes, y controlado.

E: Muy bien, eh gracias por la aportación.

E: Bueno, ahora bien, me podría mencionar ¿cuáles considera que son los métodos escalonados de solución de conflictos más utilizados actualmente, así como cuándo y dónde se ha encontrado con la implementación de esos métodos?

S7: Pues yo los que más he visto ha sido o bien una cláusula de negociación previa durante un tiempo “x” y arbitraje, mediación y arbitraje, o “board of dispute” y arbitraje. Y donde más, por supuesto donde más he visto es en construcción, siempre, y en construcción de grandes proyectos, proyectos energéticos, “offshore”, eh centrales de ciclo combinado, todos esos proyectos que tienen mucha complejidad sobre todo por el número de partes en las que, a las que se enfrentan, es fundamentalmente donde las he visto. También lo he visto en algún contrato de concesión pero menos, también me parece un marco muy interesante para ese tipo de cláusulas porque todos son eh relaciones muy a largo plazo y que dices, eh tiene mucho sentido.

E: Que vale la pena seguir con la relación.

S7: Claro, yo creo que es que vale la pena invertir en una cláusula de solución de conflictos, la gente...es lo normal, ósea cuando nosotros firmamos un contrato, cuando yo nunca he estado en la parte de firmar un contrato siempre está, ahora sí últimamente porque pues este grupo

de trabajo que tenemos de métodos, ósea de desarrollo de métodos escalonados ¿no?, de redacción de cláusulas escalonadas pero siempre me he dado cuenta por ese tipo de cláusulas ¿no?, que el meollo, lo nuclear de la cuestión no está en cómo se va a resolver el conflicto sino en cómo se van a organizar las cosas pero no es que la gen... que los integrantes, esas partes de un contrato han estado ahí negociando, luchando tal por si yo me quedo con la taza ¿no?, tú con el plato, aquello... las cláusulas son de resolución de conflictos pero bueno no es nada nuevo, siempre ha sido así, sólo que menos importante aquí, las cláusulas de jurisdicción, las cláusulas de resolución de conflictos, las cláusulas de arbitraje y al final nos encontramos una especie de mezcla de “tot en pro volutum” que a final no tienen eficacia, entonces yo creo que habría que invertir, que creo que las empresas deberían invertir en ese tipo de cláusulas porque es lo que realmente les va a resultar eficaz a la hora de resolver un conflicto. Desde luego, me parece que cuanto más escalonada y más cerrada sea la cláusula, siempre va a ser mucho más eficaz porque va a dar muchas más posibilidades.

E: Mientras más específica...

S7: Mientras más específica, incluso mientras más más procedimientos incluya, distinguiéndolos pues por el tipo de, el tipo de asunto, las partes que estén implicadas, yo creo que tiene mucho sentido estudiar cuáles son los conflictos que se plantean en el marco de la ejecución de un contrato y determinar qué método es más adecuado para resolver cada uno de ellos y cuándo pues necesitamos un método final o un escalonado.

E: Muy bien, muchas gracias.

E: Bueno en el caso de la mediación-arbitraje como método escalonado, ¿cuántas veces o qué tan frecuentemente ha encontrado cláusulas MED-ARB en contratos mercantiles o civiles?

S7: Hombre no es algo que nos encontremos todos los días porque lo habitual sigue siendo únicamente la cláusula de arbitraje pero dentro de las de las resoluciones escalonadas, yo creo que cada vez es más frecuente que sea MED-ARB.

E: ¿Sí?

S7: Más que una cláusula de negociación y arbitraje, yo creo que la mediación se está imponiendo ahí en esas cláusulas.

E: Y bueno ¿no hay a lo mejor mediación-negociación o más bien la negociación se da ya como eh consentida tácitamente antes de esos procedimientos o...?

S7: No, yo eh conozco varias cláusulas que obligan a las partes a un tiempo mínimo de negociación, a lo mejor 90 días de negociación, y de negociación activa pero lo que pasa, claro, es muy difícil establecer eh qué es una negociación activa, cuándo la parte está cumpliendo o no está cumpliendo esa negociación activa, es mucho más fácil si pones una cláusula de mediación, que es un proceso ya organizado, estructurado, es mucho más fácil saber si alguien quiere empezar una mediación que si alguien quiere empezar una negociación, entonces yo creo que son más, ósea que son en general son más útiles esas cláusulas de, las cláusulas de mediación y cada vez veo más de MED-ARB.

E: Muy bien.

E: Em bueno, eh ¿qué razones considera relevantes y fundamentales para determinar la frecuencia de implementación de estas cláusulas MED-ARB dentro de los contratos mercantiles y civiles?

S7: No sabría decírtelo, creo que el conocimiento de las mismas, el conocimiento y la experiencia de las mismas en los consejeros de las empresas. Creo que al final, nadie va a poner una cláusula que no conoce, si de repente dice “no pero en un contrato vi una cláusula que decía algo así, vamos a ponerlo”, no sirve para nada, yo creo que lo que le da realmente eficacia a las cláusulas, y creo que es el papel que tenemos los consejeros externos, es que las partes conozcan, conozcan estas cláusulas, conozcan cómo funcionan y que interioricen para qué sirven y por qué les va a ser útil porque al final le estamos pidiendo que inviertan su tiempo en pensar en ellas.

E: ¿Cuándo se refiere a consejeros se refiere a abogados?

S7: Sí, eh internos, ósea abogados internos de las empresas, y consejeros y abogados externos.

E: Que normalmente llegan primero, ósea ¿se mantienen con los abogados de la empresa o vienen a consultar directamente con los abogados externos?

S7: Generalmente los abogados, ósea las empresas consultan con los abogados externos la la negociación de los contratos, entonces bueno pero evidentemente claro que el abogado interno de una empresa tiene muchas cosas y muchas veces eh es muy habitual que sean abogados externos los que negocien, o los que asesoren la negociación de grandes contratos sin perjuicio que el abogado interno también está allí, entonces el abogado interno es una pieza esencial sobre todo porque es el que tiene la confianza y la cercanía de las personas que tienen que tomar la decisión, entonces de que el abogado interno trabaje conjuntamente con los abogados externos, y los abogados externos eh se preocupen por explicarle por por porque

entiendan ¿no?, cuáles son ese tipo, por qué ese tipo de cláusulas son importantes pues es muy importante. Hay un artículo de un de un abogado que bueno ahora está en un despacho de abogados pero fue durante muchos años el asesor legal de General Electric, que se llama Jean-Claude Naget me parece, eh puedo buscar la referencia y enviártelo, sobre el cambio de cultura dentro de las de las asesorías jurídicas y la implementación del uso de métodos alternativos de solución de conflictos, creo que es un artículo muy interesante, no recordaba como se llama pero vamos lo tengo por ahí, eh me comprometo a mandártelo hoy mismo.

E: Muchas gracias.

S7: Más que lo tengo escaneado porque ya se lo he mandado a alguien.

E: Gracias, gracias.

E: Bueno de la misma manera, eh podría mencionar ¿qué problemas o desventajas jurídicas tendría la elaboración y aplicación de una cláusula compromisoria escalonada?

S7: Pues eh ¿problemas?, que la cláusula no esté bien, no esté bien estructurada, que sea demasiado ambigua, que ya bueno pues eh “antes de iniciarse el arbitraje, las partes tendrán que proceder a una mediación”, ni dónde, ni cuándo, ni en qué tiempo, ni en qué términos, ni nada. Eh por supuesto la típica de las cláusulas de arbitraje al referirte a una corte arbitral que no existe, pues lo mismo referirte a una mediación en un centro de mediación que no existe, que sabes yo creo que la más típica de todas las cláusulas patológicas: el Tribunal Arbitral de Madrid, que no existe, hay la Corte de Arbitraje de Madrid, el Tribunal...la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados pero el Tribunal Arbitral de Madrid no existe, existe el de Barcelona. Entonces sabes es una cláusula tipiquísima, una patología tipiquísima de las cláusulas de arbitraje ¿no?, referirse a instituciones que no existen.

S7: Eh problemas de aplicación, pues los problemas de aplicación vienen también un poco por la falta de, a veces, de conocimiento, de...no, no diría falta de conocimiento porque esa falta de estructuración interna de la cláusula muchas veces hace difícil de entenderla también a los jueces, eh como las partes no entienden la cláusula, eh se saltan la aplicación de la cláusula y al final pues una de las partes, la que posiblemente se siente más débil en el procedimiento judicial, exhibe la cláusula, interpone la declinatoria de turno para jurisdicción como se llame y creo que ese es otro de los problemas de esas cláusulas, el hecho de que su falta de de estructuración hará que las partes consideren que si se la saltan pueden tener éxito en los tribunales...

S7: ...hay un par de sentencias, yo creo son relevantes, una en España del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, del mes de junio del 2014 creo que es, también puedo enviarte la sentencia, es una, se trata de una cláusula de mediación y arbitraje, una MED/ARB, entonces eh las partes se saltan directamente la cláusula de mediación, una de las partes y directamente interpone el arbitraje, la otra parte eh se va a los tribunales y pide que se declare la, la, la inadecuación del convenio arbitral en ese momento puesto que no se ha, declaran la nulidad del convenio...no, ya en el arbitraje, el árbitro eh no, no considera que tenga que seguirse un procedimiento de mediación previo o considera que sí que sea, no recuerdo exactamente el detalle...

S7: ...bueno el caso es que al final el llega el Tribunal Superior de Justicia y curiosamente el Tribunal Superior de Justicia dice que sí, que efectivamente la cláusula de mediación es obligatoria eh según la ley de mediación española, eh cuando hay una cláusula de mediación, las partes tienen la obligación de cumplirla pero como estaban en un arbitraje y no en una jurisdicción, no era no era una cláusula de mediación previa a la jurisdicción sino previa al arbitraje y la ley no dice nada del arbitraje pues lo que decimos aquí, se sale por la tangente, ósea no decide sobre si esa cláusula era válida, sí tenía que haberse cumplido, cuál es la consecuencia jurídica que no se haya cumplido...

S7: ...y en un sentido un poco similar hay una sentencia, la de Emirates Trade, me parece que es en Singapur, también te la puedo enviar, que es sobre una cláusula de negociación y, de negociación y arbitraje, y también ocurre un poco lo mismo, la parte de negociación es bastante vaga y al final se considera que dado los términos pues no se puede considerar que limite el acceso al arbitraje. Yo creo que al final pues es lo mismo, se trata de cláusulas patológicas y las cláusulas patológicas siempre van a dar problemas de aplicación, entonces qué es lo más importante, pues que la cláusula compromisoria escalonada esté bien estructurada y esté pensada, así es que al final siempre todo es, conduce a lo mismo.

E: Sí, gracias por la aportación y los comentarios.

E: Eh bueno, también diversos autores señalan que las cláusulas compromisorias se pueden considerar como un contrato en sí, ¿considera usted que una cláusula escalonada de mediación-arbitraje (MED/ARB) tiene una naturaleza contractual obligatoria?

S7: Sí, sin duda. Sin duda evidentemente el convenio arbitral por, en casi todas, en casi todas las legislaciones es de naturaleza obligatoria y en cualquier caso, una cláusula de mediación-arbitraje creo que tendría una naturaleza obligatoria entre las partes. En España, en función

del artículo 1255 del Código Civil, es algo que está dentro de la autonomía de la voluntad y obliga a las partes.

E: Independientemente que la mediación sea un procedimiento que se caracteriza por la voluntariedad.

S7: Sí, pero ciertamente las partes voluntariamente han acordado que se van a someter a una mediación, ósea no me importa, digamos que, no tiene importancia que sea con carácter previo como marco general en sus relaciones jurídicas o en el momento en que se produce el conflicto, la voluntariedad está, desde mi punto de vista.

E: Muy bien.

E: Em bueno ¿qué elementos fundamentales considera imprescindibles para elaborar una cláusula compromisoria escalonada como la MED/ARB?

S7: Pues fundamental establecer el tiempo y la estructuración del método alternativo inicial.

E: Muy bien, y al momento de redactar, implementar y ejecutar la cláusula MED/ARB, ¿qué elementos de la cláusula escalonada considera que pueden ser controversiales? ¿Por qué?

S7: Bueno considero que pueden ser controversiales en caso de que, por ejemplo, en vez de iniciar con una cláusula de mediación, iniciase con algún tipo de cláus... de dictamen de experto, por ejemplo en una cuestión que fuese eminentemente técnica, iniciar una parte técnica de un dictamen de experto que luego tuviese que ser la base para un arbitraje. En general, me parece que la, que en el momento de redactar e implementar las cláusulas de mediación-arbitraje, la parte más, la mayor controversia es la renuncia a la jurisdicción, entonces creo que todos los métodos que implican una renuncia a la jurisdicción son los más difíciles de implementarlo, los que tiene que haber una mayor consenso entre las partes, por lo demás no veo que tenga que tener una especial complicación la implementación de una cláusula de mediación y arbitraje, más allá de pues del conocimiento de la misma.

E: Muy bien.

E: Y bueno, me podría explicar un poco más las ventajas y desventajas jurídicas de la implementación de una cláusula compromisoria escalonada como la MED/ARB. Si hay alguna cuestión que quisiera profundizar de las que ya me comentó.

S7: Pues yo creo que bueno las ventajas ya las he comentado, en cuanto a las desventajas jurídicas eh creo que siempre tiene que ver con el acceso a la jurisdicción, entonces en el

momento en que nosotros firmamos una cláusula de MED/ARB, tenemos que ser conscientes que nos estamos comprometiendo, no es un poco lo que, a donde íbamos en el punto anterior que una naturaleza contractual obligatoria para mí, entre las partes hay clarísimamente una naturaleza obligatoria de la de la cláusula de un, de la implementación de la cláusula escalonada, entonces esa puede ser la desventaja jurídica que en un momento dado cuando se materializa el conflicto, no nos interese tener esa cláusula, entonces tenemos que ser capaces de avanzar si realmente esa cláusula nos va a interesar siempre, si no nos va a interesar siempre, tenemos que determinar solamente para qué tipo de conflictos la vamos a usar.

E: Muy bien.

E: Y bueno también podría profundizar sobre por qué, ¿por cuáles razones considera que resultaría jurídicamente complicado eh combinar dos métodos de solución de conflictos cuyos principios y esencias son diferentes como la mediación y el arbitraje? ¿Por qué? Bueno aquí ya me había mencionado que no encuentra ninguna desventaja...

S7: No encuentro ninguna desventaja, la única desventaja que podría encontrar son cláusulas en las que se previese un solo neutral, que primero fuese mediador y después árbitro, creo que eso es un error porque el mediador va a llegar a un nivel de información confidencial que el árbitro no tiene por qué tener pero eh separando explícitamente una cláusula de la otra, perdón no una cláusula de la otra, un procedimiento del otro, creo que no debería dar el más mínimo problema.

E: Muy bien, sí, gracias, es que ya lo había comentado, entonces dije a lo mejor la pregunta...

S7: No, no, no importa.

E: Gracias.

E: También podría explicar eh ¿por qué en la práctica no se impulsa con mayor frecuencia el uso de cláusulas compromisorias escalonadas, como la MED/ARB, siendo que organismos nacionales e internacionales como la Cámara de Comercio Internacional y la Asociación Americana de Arbitraje prevén dicha cláusula que contiene los métodos alternos de solución de conflictos?

S7: Pues la verdad es que no lo sé. No sé porque no se impulsa con mayor frecuencia, yo supongo que es la costumbre. Yo, por ejemplo, llevo años en las pólizas de seguros, diciendo en las pólizas de seguros, a partir de un determinado nivel eh siempre dicen que las p... que tiene una cláusula de arbitraje y una cláusula de jurisdicción, y yo siempre digo si tienes una

cláusula de jurisdicción, para qué pones la cláusula de arbitraje ¿no?, porque las partes pueden solucionar sus conflictos a través del arbitraje, ya claro no hace falta que tú se lo digas, eso así lo dice la ley, entonces si no vas a poner una cláusula de arbitraje, no pongas esto yo creo es un poco pero aun así cada vez que veo una póliza me encuentro la misma cláusula pues yo creo que es un poco un poco la inercia, la tendencia, la inercia de poner la cláusula.

E: Sí, ósea...

S7: No hay, yo creo que no hay fuera de fuera del tema de los grandes proyectos de construcción internacional donde sí que tienes pues contratos “fidic” ya con unas cláusulas de solución de conflictos específicas, yo creo que es la tendencia natural a que siempre hemos puesto arbitraje pues seguimos poniendo arbitraje, no creo que haya en la práctica una, algún tipo de de prevención contra las cláusulas MED/ARB más allá de, de que no se usan pues porque no se usan.

E: ¿Ósea no hay un, precisamente porque son contratos más complicados y que involucran una cierta inversión, bueno mayor, no ponen más atención como para introducir algún otro método que pueda no sé, facilitar la negociación no...o simplemente se van directamente a arbitraje?

S7: Yo sí, yo creo que cuando no las utilizan, ósea el por qué no es ni porque se rechace la negociación ni porque se rechace la mediación y tampoco creo que sea porque eh los abogados piensen que una cláusula MED/ARB puede poner en peligro el convenio arbitral porque al final basta con que el acuerdo de las partes para someter eh la, para someter la cuestión controversial a un arbitraje sea suficientemente clara y en una, en un MED/ARB hay una clara referencia al arbitraje, eh no creo que sea ninguna de esas, ninguna de esas causas, yo creo que simplemente es la inercia, bueno podría ser cualquiera de ellas también claro.

E: Ah muy bien, ósea que las partes simplemente deciden “así lo queremos y así va a ser”.

S7: Sí, ósea pero yo creo que porque tampoco eh a lo mejor nadie les plantea en el momento adecuado “por qué no lo hacemos de otra manera”, luego también en el arbitraje y en todos los centros alternativos de solución de controversias, yo siempre digo que la práctica es muy importante, eh durante bastante tiempo en España hubo en los años primeros 90 bastante reticencia porque había una práctica arbitral muy extendida que era, bueno alguna especie de “hombre bueno”, ósea no sé digo en un arbitraje de derecho, por ejemplo, no voy, no tomo una decisión en derecho que le dé todo a una parte y le quite todo a otra aunque fuese lo en derecho correcto porque como me da “no sé qué”, porque le están pagando los dos y entonces

eh al final llego a una solución de compromiso, qué ocurre, que la parte que tenía claramente razón y quedaba muy poco satisfecha con el arbitraje, y decidía que no volvía a poner ninguna, ningún convenio arbitral en ninguno de sus contratos.

S7: Pues aquí pasa un poco lo mismo, si quienes se enfrentan a una mediación no se siente cómodo en el proceso, yo no digo que no tenga éxito porque muchas veces la mediación no tiene éxito pero el proceso se hace correctamente y las partes pues entienden que hasta aquí hemos llegado, de toda mediación se saca algo, entonces finalmente las partes siempre se van con una buena sensación aunque no hayan podido, aunque no hayan podido llegar a un acuerdo.

S7: Si la práctica de la mediación es buena, si las partes se encuentran con una mediación en la que se sienten incómodas, en las que se sienten presionadas, entonces no van a volver a poner una cláusula de esas características, igualmente, si las partes ponen una cláusula de esas características que no está bien, bien estructurada, que no está bien pensada y luego tienen problemas para ponerlas en práctica pues el tiempo que pierden intentando ponerlo en práctica al final se vuelve en su contra, también eso es muy importante, entonces bueno quien haya tenido una mala experiencia pues será muy difícil que vuelva que vuelva a repetir pero bueno yo creo que son muchas variables que se, que se pueden tener pues eso, un abogado en la mesa que te diga que esto puede poner en peligro el convenio arbitral, es gente con desconocimiento, eh malas experiencias, bueno al final es algo que, que hay que intentar construir, que hay que intentar convencer, divulgando y con una buena práctica.

E: Sí, muchas gracias.

E: Y bueno, por último, de acuerdo a su experiencia profesional y todo lo que me ha mencionado, me podría explicar jurídicamente, ¿por qué consideraría o no aplicar una cláusula compromisoria escalonada, como la cláusula MED/ARB, en contratos del sector energético específicamente? Y bueno, aquí cabe aclarar que los contratos del sector energético pueden ser públicos, privados, hay una cantidad no infinita pero muy variada de contratos, entonces...

S7: Bueno, yo en un contrato privado en principio no veo ningún problema para poner una cláusula de MED/ARB. En un contrato público, pues habría que ver cuál es el historial de la, de la, del país que está involucrado, cuál es su historial en CIADI, qué sabemos de él, qué riesgo, qué riesgo tiene si podemos prever que es un, es un país que va a, que va a aceptar esa, esa mediación o que va a favorecer esa mediación o no.

S7: En todo caso, fíjate, yo creo que en un, en un contrato público en el que, por ejemplo, se hubiese sometido a una cláusula CIADI, yo creo que siempre sería favorable una cláusula de mediación previa, igual tanto como en un contrato privado y de hecho eh se está impulsando en muchos, en muchos países el, la inclusión de una cláusula de mediación previa, previa a los arbitrajes de inversiones. Yo en realidad, creo que, que considero que, que la aplicación de una cláusula escalonada compromisoria es favorable en ambos casos porque, eso sí, lo que sí tiene que quedar claro es que una cláusula compromisoria no puede demorar eh de una manera extraordinaria el procedimiento de solución de conflictos, tiene que ser algo corto pero creo que sí, que sí que puede ser beneficioso, evidentemente pues en un contrato público, igual en determinados casos llevar a un Estado a una mediación puede ser muy complicado pero es algo que hay que valorar caso por caso.

E: Y también ver la legislación que, a ver qué dice.

S7: Por supuesto que hay que ver la legislación, ver cuál es el riesgo-país al final.

E: Muy bien, bueno muchísimas gracias...

S7: Ha sido un placer.

E: Con esto damos por terminada la presente entrevista y vuelvo a agradecer el tiempo, apoyo y colaboración brindada por el entrevistado, reiterándole que los datos, información y resultados derivados de esta entrevista quedan a su disposición para su consulta, además que, de que se le recuerda la confidencialidad de la presente entrevista siendo necesario reiterarle que se resguardará su identidad y anonimato para el análisis de la misma.

S7: Pues muchísimas gracias, ha sido un placer participar en esto.

E: Muchas gracias a usted.

Entrevista semiestructurada 8

E: Buenas tardes, primeramente procederé a presentarme y a hacer mención de algunas cuestiones relevantes para el desarrollo de la entrevista. Mi nombre es Melissa Guadalupe Adame Rivera, tengo el grado de Licenciatura en Derecho por la Universidad de Monterrey, actualmente soy estudiante del programa de Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos impartido en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en México.

E: El tema de mi tesis versa sobre “Las cláusulas MED-ARB en la solución de conflictos del sector energético”, el cual tiene como hipótesis encontrar los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos del sector energético internacional, misma que se buscará comprobar a través de la aplicación de un método cualitativo como lo es la entrevista semiestructurada.

E: De antemano se le agradece primeramente al entrevistado por su tiempo, disponibilidad y opinión respecto al tema que nos ocupa, siendo preciso señalar que su participación es de valiosa importancia para el análisis del tema antes señalado. De la misma manera se le hace conocer al entrevistado que sus datos personales e identidad permanecerán en el anonimato salvo manifestación contraria del sujeto, al igual que se le comunica que la presente entrevista será grabada en audio para cuestiones de análisis y estudio de las respuestas otorgadas.

E: Es menester informarle al entrevistado que los datos, información y resultados derivados de la presente entrevista quedarán a su disposición si desea consultarlos, así como también se aceptarán aclaraciones, sugerencias y comentarios que quisiera aportar y considere que serán de valor para la presente entrevista. Dicho lo anterior, se procederá a realizar algunas preguntas al entrevistado a modo de presentación y descripción de su competencia, capacidad y valor que aportarán sus opiniones al tema a investigar por la entrevistadora.

E: Bueno primeramente, de manera breve y clara, ¿podría mencionar su trayectoria académica y profesional, así como el puesto que desempeña actualmente relacionado a los métodos alternos de solución de conflictos?

S8: Muy bien, muchas gracias por la entrevista, mucho gusto. Eh yo soy abogado, tengo un despacho, soy socio fundador del Despacho Leal-Isla & Horvath, S.C., recién cumplimos 10 años en el despacho, tengo 25 años..., sí, voy para 25 años de haberme graduado de la licenciatura en derecho en la Universidad de Monterrey eh y he venido impartiendo la materia de arbitraje en la Universidad Autónoma de Nuevo León y en el Tecnológico de Monterrey, y

ocasionalmente de manera colateral también en la Universidad de Monterrey a nivel de posgrado, en particular en la Universidad Autónoma de Nuevo León he impartido la materia de arbitraje en la Maestría de Métodos Alternos y en el Doctorado, y aparte pues tengo práctica en..., tanto como abogado de parte como árbitro y pues en apoyo de ejecución de laudos también en procedimientos de arbitraje.

E: Muchas gracias.

E: En la experiencia profesional que me acaba de comentar, ¿cuál es su opinión de la eficiencia y resultados de los métodos alternos de solución de conflictos, tanto en el ámbito nacional (en México), como en el internacional?

S8: Pienso que hay una buena eficacia, pienso que están debidamente regulados los métodos alternos y pensaría en particular en la mediación y en el arbitraje, eh el corpus jurídico que tenemos en ambas materias para efectos comerciales es idóneo pues porque se han inspirado en la reglamentación que las propias Naciones Unidas han creado a través de UNCITRAL, leyes modelo, etcétera, y también porque tenemos instituciones sólidas suficientes para garantizar estos servicios, a nivel nacional están CAM, CANACO, está CAIC, a nivel internacional está la presencia de ICC, ICDR, eh entonces pienso que hay una buena infraestructura jurídica, hay especialistas que conocen la materia y bueno el poder judicial se ha ido incorporando también en esta regulación, en esta modalidad, no en todas las plazas del país existe un conocimiento pleno de los métodos alternos, tal vez esa sea un área de oportunidad eh pero bueno los principales centros de negocio en México pienso que tienen una infraestructura jurídica y funcionarios razonablemente preparados, estoy pensando en particular pues en ciudades colaterales como puede ser Monterrey, Guadalajara, desde luego la Ciudad de México tiene un sistema muy bien consolidado para estos métodos.

E: Muchas gracias.

E: Bueno eh también me podría mencionar ¿cuál es su opinión respecto a la implementación de los métodos alternos de solución de conflictos utilizados en su conjunto, o que son también llamados híbridos, métodos híbridos o métodos escalonados?

S8: Pienso que es una buena opción eh ¿por qué?, porque permite que las partes intente una fase y si esta no funciona, entonces entran a una segunda fase, que en su mayoría la primera fase es una fase donde las partes pueden de una manera autocompositiva llegar a un entendimiento y a una solución, y si esa no funciona, entonces ya se entraría a una etapa heterocompositiva donde un tercero tendría que dictar una resolución que sea obligatoria

para ellas, estamos pensando en el arbitraje, variaciones de esta modalidad. Entonces pienso que es una buena estructura.

E: Gracias.

E: También me podría decir, ¿cómo considera que un método escalonado podría aportar más a la gestión de conflictos que un método alternativo de solución de conflictos por sí solo? Como mencionaba solamente el arbitraje o solamente la mediación...qué más puede aportar.

S8: Pienso que puede servir en la medida en que muchos asuntos que tal vez lleguen al arbitraje podrían resolverse mediante una interacción entre las partes, entonces en ese sentido, la intervención de un conciliador o de un mediador que, pues que ayuda a que las partes dilucidan cuáles son los problemas sobre los que están teniendo el conflicto y eventualmente busquen una alternativa de solución, podría eh permitir que siga una solución del conflicto sin necesidad de avanzar más. Entonces en ese sentido pienso que sí contribuyen las ca...las cláusulas escalonadas.

E: Ok, entonces si le entendido bien, se refiere como que en estos métodos previos podría haber una libertad de expresión mayor entre las partes, algo que...

S8: Más que libertad de expresión es que se generan las condiciones para que interactúen entre ellos.

E: Como confianza.

S8: Simplemente las condiciones físicas, el hecho de que se tengan que reunir, el que tengan que hablar, que tengan que... porque de otra manera si hay una diferencia y no se ponen de acuerdo, una parte inicia el arbitraje y lo siguiente que sabe la otra parte es que ya está iniciado un arbitraje, entonces tienen que contestar y ya está en juicio, en cambio cuando se inicia un arbitraje se genera una circunstancia en donde las dos partes se tienen que sentar en una mesa, tienen que dialogar, a eso me refiero.

E: Muy bien, muchas gracias.

E: Bueno también me podría mencionar cuáles considera que son los métodos escalonados de solución de conflictos más utilizados actualmente, y cómo y dónde, o cuándo y dónde se ha encontrado con estos métodos que se utilizan mayormente.

S8: Bueno, cuando hablamos de mayormente es lo que...

E: Lo más común.

S8: Lo más común dentro de lo no tan común.

E: Sí, bueno lo que usted ha visto vaya, porque...

S8: La verdad es que no es muy común, no me ha tocado verlo mucho pero lo que me ha tocado ver más dentro de estas modalidades mixtas es la MED-ARB, ósea que se prevea primero la mediación y en caso de que no funcione, entonces inicia el arbitraje- Otra opción que me ha tocado ver es la obligación de negociar, tener un acercamiento entre las partes y, pasado un cierto periodo, entonces se podrá iniciar el arbitraje.

E: Ok.

E: La segunda pregunta era también ¿qué tan frecuentemente ha visto cláusulas MED-ARB en contratos mercantiles o civiles? pero me dice que....

S8: No me ha tocado muy seguido.

E: Si pero a lo mejor alguna cláusula compromisoria de arbitraje sí es más común.

S8: Ah, cláusulas compromisorias sí me toca ver.

E: ¿De un solo método alterno?

S8: Sí, sí, sí, pero de MED-ARB o de de de varias opciones, o escalonadas no me toca ver seguido.

E: Muy bien.

E: Y bueno, qué con ra... ¿qué razones considera relevantes y fundamentales para determinar la frecuencia de implementación de estas cláusulas escalonadas MED-ARB? ¿qué razones para usted...?

S8: Creo que cuando se decide implementarlas es precisamente por las bondades que conlleva este tipo de esquemas, ósea que las partes puedan intentar un diálogo, una solución antes de tener que iniciar un procedimiento de... que implique un arbitraje.

E: Ok, y bueno, ¿ahí no considera que hay otra razón por la que no se implementen, en el caso que me dice que no son tan...vistas tan seguido?

S8: Ah, ¿por qué no se implementarían en todos los casos?, bueno porque yo pienso que hay todavía una ... hay que fomentar una cultura de los métodos alternos, hay todavía un desconocimiento, hay una desconfianza, hay muchos usuarios que no conocen bien en qué

consisten estos métodos alternos, entonces si de por sí dudan por ejemplo en recurrir a la mediación por sí sola o al arbitraje por sí solo es cuánto y más a una modalidad mixta o que implique un escalonamiento.

S8: Yo creo que todavía hay mucha duda en cuanto a la si se van a utilizar eh, qué va a implicar, por ejemplo el tema de costos, eh muchas veces en función del tipo de contrato las partes si es un contrato cuya cuantía no sea tan importante en ocasiones se estima que el arbitraje podría significar un costo desproporcionado ante el perfil del conflicto que puedan enfrentar. Todo este tipo de cuestiones son las que creo que fomentan a que no se ha desarrollado tanto.

E: Muy bien, muchas gracias.

E: Eh bueno, de la misma manera podría mencionar ¿qué problemas y desventajas jurídicas tendría la elaboración o aplicación de una cláusula compromisoria escalonada? En este caso, bueno yo me refiero a la cláusula MED-ARB pero no sé si usted considera que hay algún problema o alguna desventaja jurídica.

S8: Claro, sí, creo que una desventaja eh importante potencial es una mala redacción, ósea que las partes quieran establecer un mecanismo escalonado y también establecen una cláusula patológica, en el sentido de que quede confuso si es opcional o las circunstancias en las cuales se puede iniciar el arbitraje eh si no lo establecen de una manera precisa podría llegar a anularse la cláusula arbitral, la parte arbitral de la cláusula escalonada.

E: Sí, muchas gracias.

E: Em bueno también existen diversos autores que señalan que las cláusulas compromisorias se consideran como un contrato en sí o tienen naturaleza contractual, ¿considera usted que una cláusula escalonada MED-ARB, de mediación-arbitraje, tiene una naturaleza contractual obligatoria? Y bueno ¿por qué considera así?

S8: Claro, sí, por el principio pacta sunt servanda y el principio de la autonomía de la voluntad en su proyección, derecho contractual, las partes se obligan a lo que pactan eh y bueno el hecho de que está escalonada no le resta su carácter contractual y no le resta la autonomía que es propia del acuerdo arbitral simplemente aquí es una versión extendida pero al final de cuentas claro que tienen autonomía y tiene su propia vida jurídica.

E: Y ahí no considera que la mediación, ósea el carácter de voluntariedad y bueno la característica o bueno el principio de voluntariedad de la mediación se contrapone con el principio de pacta sunt servanda porque al momento...ósea no sé cómo explicarlo....

S8: Sí no, sí me queda claro. Lo que pasa es que son dos cosas, una cosa es que las partes se obliguen a someterse a una mediación y otra es que se obliguen a materializar una mediación o llegar a un arreglo. A lo que las partes se obligan es a sentarse en la mesa de mediación durante...según lo hayan pactado, si son tres horas, o seis sesiones o una sesión en la forma, tienen que agotar esa etapa para poder pasar a la siguiente pero eso no significa que tengan que llegar a un arreglo o que tengan que establecerlo de una manera o de otra pero es parte de las obligaciones que están estableciendo las partes y lo mismo puede ser con la negociación o con otras modalidades como la conciliación.

S8: La característica del escalonamiento es que la parte que quiere iniciar un arbitraje no va a poder hacerlo sin antes haber agotado la mediación o la modalidad previa, y cómo lo va a hacer, de acuerdo a la forma en que se haya pactado, si implicó que deberán notificarle y deberán dejar que transcurra un cierto plazo y deberán de nombrar un mediador y deberán de hacer los mejores oficios para llegar a un acuerdo y deberán reunirse al menos tres veces con una duración de dos horas en cada sesión, pues tendrá que hacerlo porque ya se obligó a ello y eso no tiene nada que ver con el principio de autonomía de la voluntad o con la flexibilidad, etcétera, porque en ningún momento esta persona...esta parte estará obligada a ir a un arreglo pero si quiere llegar al arbitraje tendrá que agotar esa primer instancia.

E: Sí bueno se comprometió a ...

S8: Claro, así lo previó, claro, así lo previó. Incluso saliéndonos de métodos alternos, en procedimientos en el sistema judicial del Estado, es común ver este tipo de condiciones, no se puede entrar a una etapa de arbitraje sin haber pasado una etapa de conciliación, lo cual en la práctica se reduce a una simple pregunta si van a querer negociar o no, platicar o no, eh las partes dicen no y ya se puede continuar pero esa fase hay que agotarla, entonces sería lo equivalente con las cláusulas escalonadas en métodos alternos.

E: Sí exactamente.

E: Bueno al tenor de lo que usted me comenta, ¿qué elementos fundamentales consideraría que son imprescindibles para elaborar una cláusula como la cláusula MED-ARB? Que ya me dijo bueno pues es un pacto que las partes acuerdan pero usted como abogado, en su calidad de abogado, qué elementos considera que deberían estar presentes.

S8: El primero que creo que es de los más importantes en cualquier redacción, no nada más en este caso, es la precisión, la claridad, que las partes no sean ambiguas, que no dejen a la interpretación, que no dejen a la duda, eh por ejemplo una mala redacción sería "las partes

podrán ir a la mediación o al arbitraje”, una opción así pondría en duda la validez del acuerdo arbitral, entonces esa sería indispensable.

S8: Eh segundo que quede debidamente establecida por la persona que tenga las facultades para pactarla ¿no?, ósea en este sentido muchas de las cosas que normalmente se requieren para la validez de un acuerdo arbitral o de un acuerdo de mediación creo que tendrían que ser invariablemente también tomadas en cuenta para una cláusula MED-ARB, ósea no hay diferencia, no hay un diferenciador en cuanto a ese aspecto pero yo pienso que lo más importante es la claridad.

E: Me dijo entonces el otro es la capacidad de representación.

S8: Que tenga capacidad jurídica quien esté representando a las partes según cada una de las partes.

E: Muy bien, muchas gracias.

E: Em bueno al momento de redactar, implementar y ejecutar una cláusula MED-ARB, ¿qué elementos considera de la cláusula escalonada que serían más controversiales? Bueno ahorita me mencionó los más importantes pero considera que alguno podría ser controversial o que el mismo que es imprescindible puede ser controversial.

S8: ¿Al momento de redactar?

E: Al momento de redactar, implementar y ejecutar porque son momentos diferentes.

S8: Claro.

E: Entonces ahí estamos hablando de cuando lo plasman, cuando lo interpretan y cuando ya lo van a poner digamos en práctica.

S8: Los momentos cruciales al momento de redactar.

E: Los más controversiales.

S8: Los más controversiales ah ok.

E: Pueden causar algún problema jurídico, de interpretación, que no puedan...

S8: Yo creo que la imprecisión, ósea los problemas que se puedan dar al momento de redactar una cláusula arbitral se podrían extrapolar incluso al momento de redactar una cláusula escalonada, ósea por ejemplo que se nombre hablar al mediador desde la cláusula con el riesgo

de que la persona luego no vaya a aceptar el cargo y entonces eso podría ser un impaz para el funcionamiento de todo, del esquema adoptado porque si dicen “deberán sujetarse a una mediación a cargo de Juan Pérez y una vez agotado esto, podrá iniciar el arbitraje”, qué pasa si Juan Pérez no acepta la mediación, ya se afectó todo, entonces eso podría ser muy delicado ¿no?, podría restarle eficacia al acuerdo.

S8: Entonces hay que ser muy cuidadosos de no cometer los errores que pueden afectar una cláusula en circunstancias normales como podría ser para una cláusula arbitral o designar una institución inexistente, establecer condiciones que no se puedan obtener, etcétera, todo eso pero extrapolado ¿por qué?, porque si ya de por sí redactar una cláusula arbitral o de mediación tiene...puede llegar a tener complejidad propia pues todavía es más difícil cuando se interrelacionan los dos métodos, entonces eso podría ser una factor.

S8: Y luego otro es que no todas las instituciones tienen una modalidad de mediación y que conlleve posteriormente al arbitraje, entonces eso puede generar riesgo que las partes tengan que recurrir a su propia redacción y eso es peligroso porque mientras más creativas son las partes en la redacción, más riesgos tienen de cometer errores al momento de redactar, o de incurrir en contradicciones o en ambigüedades, entonces creo que ese es un aspecto que hace todavía más sensible la estructura de una MED-ARB o una cláusula escalonada respecto de una cláusula simple ¿no?.

S8: Y luego también pues el problema del desconocimiento de los jugadores en la materia, llámese las partes, sus abogados, pero también los jueces, etcétera, puede ser que esa misma ignorancia del funcionamiento pueda llevar a una mala implementación o a una mala...no sé a una denegación de ejecución por pensar que no existe o que no está bien, que no debió haberse pactado de una manera cuando a lo mejor sí había validez pero la ignorancia puede conllevar a un resultado no deseado. Creo que por ahí son los puntos más relevantes.

E: Del segundo punto que me mencionó, ¿se refería o usted recomendaría que utilizarán mejor una cláusula modelo? porque me dijo que la creatividad de las partes a lo mejor puede afectar, entonces al salirse de un estándar es lo que puede ser controversial.

S8: Claro, en la medida en que las partes quieren abonar más en la redacción, en esa misma medida corren más el riesgo de que esa redacción resulte en alguna inexactitud por eso es que mucho especialistas se recomiendan más utilizar cláusulas modelo, claro con los ajustes mínimos indispensables como si va a ser uno o tres árbitros o si va a ser...perdón cuál va a ser el idioma, la sede, etcétera, pero cosas más específicas y no toda la redacción.

S8: Claro que en el caso de, por eso decía que en el caso de las cláusulas escalonadas no necesariamente existen modelos, entonces las partes tienen que ser creativas y ese es el riesgo, que en la creatividad modelo...no modelo, de la redacción puedan incluir cuestiones que al final sean imprácticas, sean no funcionales como lo que mencionaba, ósea plazos infinitos de mediación que entonces nunca activen la posibilidad de ir al arbitraje, etcétera, ósea los escenarios pueden ser muchos ¿no? derivados de una mala redacción.

E: Muy bien, muchas gracias.

E: Y bueno si usted quisiera ahondar o profundizar, me podría explicar un poco más las ventajas o desventajas jurídicas de la implementación de una cláusula como la cláusula MED-ARB, o considera que ya...

S8: Sí, no, las ventajas pues que permiten que las partes eh tengan un acercamiento, tengan un escenario idóneo para poder buscar una solución a su conflicto con un tercero especialista en manejo de una controversia y, actualmente en la materia en cuestión, el proceso es desde luego una ventaja ¿por qué?, porque pues contribuye a resolver el conflicto. Eh otra ventaja es que puede llegar a presentar un ahorro en gastos, en honorarios, etcétera, puesto que de otra manera iniciar el procedimiento arbitral ya de manera directa puede implicar un costo por el simple hecho de detonar...

E: De presentar la solicitud...

S8: Así es, invocar a la institución, etcétera, eh entonces creo que esas son ventajas. Las desventajas, pues realmente no creo que haya muchas desventajas, tal vez que hubiera que...cuando una de las partes ya quisiera poner en funcionamiento un procedimiento pues tiene que agotar esa instancia previa, puede llegar a ser una desventaja el tiempo que tiene que transcurrir entre la etapa que le interesa y el inicio, ósea de la implementación de la cláusula.

S8: Tal vez otra relacionada con lo mismo es que tiene un costo adicional ¿no?, de otra manera, no sería necesario sino se hubiera previsto la cláusula escalonada, por ejemplo, cuando hubiera dispute boards, etcétera, todo lo que sea implicar varias etapas, implica más costo ¿no?. Potencialmente, o menos, dependiendo si al final si se resuelve en la etapa previa pero eso no lo sabemos, entonces como puede ser una ventaja en el caso de que en la primera etapa se resuelva, entonces ya no hubo que ir a la siguiente, puede ser una desventaja si es que hay que agotar todas...

E: Sí porque tienes que pasar por cada una de ellas...

S8: Así es.

E: Muy bien, muchas gracias.

E: Y bueno, me podría comentar si eh...¿por cuáles razones considera que podría resultar jurídicamente complicado combinar dos métodos de solución de conflictos cuyos principios y esencias son diferentes como lo es la mediación y el arbitraje? Ósea...bueno no sé si considera que pueda ser complicado o no.

S8: Sí, puede llegar a haber problemas. Un tema es el de que si puede ser árbitro la misma persona que actuó como mediador ¿por qué?, porque el rol es diferente, en la mediación el rol es un facilitador, es alguien que interviene pero que no va a resolver, entonces las partes pueden sentirse en una mejor posición de decir con libertad su versión y eventualmente pues dar información que tal vez de otra manera no darían sobre si tienen o no cierta responsabilidad, etcétera...

S8: ...en cambio en el arbitraje eh pues las partes tienen que tener más cuidado con lo que reconocen porque eso lo va a tomar en cuenta el árbitro o el tribunal arbitral al momento de resolver y si es la misma persona pues no se puede disociar a la persona de lo que ya escuchó como mediador al momento de resolver como árbitro, entonces como son dos naturalezas distintas pues es...creo yo que esto un tema que se ha discutido en la doctrina que son incompatibles si partimos de la base que sea la misma persona que las lleve, que lleve los dos métodos, si son distintas personas pienso que no hay problema porque el mediador va a realizar un rol que es de facilitar el diálogo entre las partes con todas las técnicas que prevé la mediación y si no se logra el acuerdo, simplemente se va a retirar del escenario y después va a entrar el árbitro y el árbitro va a entrar con otra eh función que va a ser ya la a escuchar a las partes pero no nada...no para facilitarles el diálogo sino para ver quién de las dos tiene razón y quién debe prevalecer a final de cuentas en el laudo.

S8: Entonces, no creo que sean incompatibles bajo esa premisa si se tratan de personas distintas porque son dos fases distintas y con diferentes funciones cada una de las dos fases y como decía hace rato si en la primera fase las partes llegan a un acuerdo, entonces la segunda ya no se activa.

E: Sí, pero bueno ahí si...en el caso de que fueran dos terceros neutrales diferentes, implicaría un costo mayor para las partes, bueno dependiendo....

S8: Pero jurídicamente no tienen ningún inconveniente, es económico el inconveniente.

E: Sí aja, sí pero tiene mucho...puede repercutir de diferentes maneras que a lo mejor no consideramos.

S8: Sí, claro, simplemente es el tiempo invertido, el costo de pagarle al mediador, a la autoridad nominadora, etcétera, pero insisto, como puede ser un ventaja puede ser una desventaja, dependiendo si hubo que ir a la segunda etapa pero desde el punto de vista jurídico de si son incompatibles, lo que sí serían incompatibles es que funcionaran al mismo tiempo, no se puede pactar mediación y arbitraje al mismo tiempo pero aquí es escalonado, primero mediación o conciliación, la CON o MED-ARB ¿no?, el dispute board, etcétera, ósea la modalidad que se haya previsto, primero es una y si esta no funciona, entonces se va a la siguiente etapa. Entonces por eso es que yo no creo que se presente una incompatibilidad.

E: Sí, nada más estarían juntos...bueno es una lógica común, sí tiene razón.

E: Y bueno otra pregunta sería, si bueno o que usted explique ¿por qué en la práctica no se impulsa con mayor frecuencia el uso de las cláusulas escalonadas, como la cláusula MED-ARB, siendo que organismos nacionales e internacionales como la Cámara de Comercio Internacional y la Asociación Americana de Arbitraje prevén dicha cláusula que contiene los métodos alternos de solución de conflictos en su conjunto? Bueno ahí no sé cuál sea su perspectiva al respecto de cuál sea la razón por la que no se llegue a impulsar más esta cláusula si sí está prevista en reglamentos o por autoridades nominadoras.

S8: Yo pienso que en parte puede ser porque de por sí no existe una cultura tan amplia todavía, estoy pensando en México, de lo del uso de los métodos alternos como para además tener que explicarle a las partes que son dos etapas o tres etapas, si ya de por sí al abogado promedio hay que explicarle en qué consiste la mediación o el arbitraje, cómo funciona y todo lo demás, convencerlo de que es una opción buena y luego si se le agrega el elemento de complejidad de que va a ser una cláusula estructurada o compleja, con etapas, condiciones, etcétera, pienso que podría resultar en que se desmotive ese practicante y prefiera simplemente recurrir al sistema tradicional.

S8: Esa puede ser una, otra es que a lo mejor sean instituciones que están más enfocadas al arbitraje o a la mediación y que no están en condiciones realmente de poder prestar ambos servicios de la misma manera y entonces pues no están en condiciones realmente de ofrecer eh una cláusula escalonada para poner en funcionamiento, digo no quiero pensar en le ICC por ejemplo pero pueden ser autoridades nominadoras que se especialicen en mediación pero que no podrían encontrar un buen árbitro, etcétera, ¿no?...

E: O que sean muy locales o no tengan alcance...

S8: Que sean muy locales, que no tienen alcance exactamente, entonces de una vez mejor me enfoco en lo que yo sé y nada más sobre eso.

E: Ok, muy bien, muchas gracias.

E: Y bueno por último, y de acuerdo a su experiencia profesional y todo lo que me ha mencionado a lo largo de la entrevista, me podría explicar jurídicamente ¿por qué consideraría o no consideraría aplicar una cláusula, como la cláusula MED-ARB, a los contratos del Sector Energético específicamente?

S8: Yo pienso que las cláusulas MED-ARB son buenas eh en general, en el Sector Energético yo pensando sobretodo bajo la óptica, bueno puede haber varias ópticas pero la que más se me viene a la mente es donde interviene el Estado, el Sector Gubernamental, probablemente no va a ser tan factible lograr una mediación eficaz teniendo como contraparte al gobierno y entonces tal vez algo ociosa la implementación de una cláusula escalonada y fuera realmente mucho más eficaz ir directamente al arbitraje, en esa podría ser, sin embargo, bueno siempre se puede intentar ¿no? de todas maneras.

S8: Y luego bueno tenemos también el tema de si todos los asuntos son arbitrables porque también en el Sector Energético tiene algunas aristas en cuanto a la arbitrabilidad en materia de rescisión, etcétera, eh entonces que pudiera restarle eficacia incluso más aún con la parte de la mediación, que quien interviniera no estuviera facultado para ello, etcétera, legitimación. Eh cuando se trata de operadores entre sí en el ámbito del Sector Energético, empresas privadas, sean nacionales o internacionales, pues ahí pienso que sí debe de implementarse, no le veo ningún inconveniente.

E: Por ser particulares vaya...

S8: Sí, entre sí, ósea sí...

E: Entonces estaría...¿si la ley y las partes fueran las idóneas o las adecuadas, propicias, sí estaría de acuerdo en implementarla?

S8: Sí, así es, no veo una característica especial del Sector Energético que impida la pertinencia de las cláusulas escalonadas, distinto al tema gubernamental ¿no?

E: Bueno muy bien, muchísimas gracias.

E: Bueno con esto damos por terminada la presente entrevista y vuelvo a agradecer el tiempo, apoyo y colaboración brindada por el entrevistado, reiterándole que los datos, información y resultados derivados de la entrevista quedan a su disposición para su consulta, además de que se le recuerda la confidencialidad de la presente siendo necesario reiterarle que se resguardará su identidad y anonimato para el análisis de la misma.

S8: Muy bien.

E: Muchas gracias.

S8: Gracias a usted.

Entrevista semiestructurada 9

E: Buenos días, primeramente procederé a presentarme y a hacer mención de algunas cuestiones relevantes para el desarrollo de la entrevista. Mi nombre es Melissa Guadalupe Adame Rivera, tengo el grado de Licenciatura en Derecho por la Universidad de Monterrey, actualmente soy estudiante del programa de Doctorado de Métodos Alternos de Solución de Conflictos impartido en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en México.

E: El tema de mi tesis versa sobre “Las cláusulas MED-ARB en la solución de conflictos del sector energético”, el cual tiene como hipótesis encontrar los elementos fundamentales de eficacia de las cláusulas MED-ARB dentro de los contratos del sector energético internacional, misma que se buscará comprobar a través de la aplicación de un método cualitativo como lo es la entrevista semiestructurada.

E: De antemano se le agradece primeramente al entrevistado por su tiempo, disponibilidad y opinión respecto al tema que nos ocupa, siendo preciso señalar que su participación es de valiosa importancia para el análisis del tema antes señalado. De la misma manera se le hace conocer al entrevistado que sus datos personales e identidad permanecerán en el anonimato salvo manifestación contraria del sujeto, al igual que se le comunica que la presente entrevista será grabada en audio para cuestiones meramente de análisis y estudio de las respuestas otorgadas.

E: Es menester informarle al entrevistado que los datos, información y resultados derivados de la presente entrevista quedarán a su disposición si desea consultarlos, así como también se aceptarán aclaraciones, sugerencias y comentarios que quisiera aportar y considere que serán de valor para la presente entrevista. Dicho lo anterior, se procederá a realizar las preguntas al entrevistado a modo de presentación y descripción de su competencia, capacidad y valor que aportarán sus opiniones al tema a investigar.

E: Bueno en primeramente, de manera breve y clara, ¿podría mencionar su trayectoria académica y profesional, así como el puesto que desempeña actualmente relacionado a los métodos alternos de solución de conflictos?

S9: Claro, buenos días eh yo soy licenciada en derecho, soy egresada del Tecnológico de Monterrey, tengo una Maestría en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Iberoamericana y soy egresada del Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Universidad Autónoma de Nuevo León. En cuanto a mi trayectoria, digo he litigado, he

trabajado en el Poder Judicial de la Federación por algunos años y actualmente dirijo un centro privado de métodos alternos de solución de conflictos en el Estado de Nuevo León y pues los servicios profesionales que brindamos son la mediación, la conciliación y el arbitraje.

E: Muchas gracias.

E: En la experiencia profesional que me comenta, ¿cuál es su opinión de la eficiencia y resultados de los métodos alternos de solución de conflictos, en el ámbito nacional de México, así como en el internacional?

S9: Me parece que los métodos alternos han mostrado ser eficaces, creo que las soluciones a las que arriban las partes o bien las soluciones a los árbitros otorgan mediante sus laudos son de una eficacia bastante considerable dado que las personas acuden precisamente a estos mecanismos por voluntad propia y que han buscado estas alternativas a los litigios por la vía judicial, así que precisamente en virtud de que son alternativas, son otras opciones, me parece que han obtenido un resultado muy eficaz, esto lo podemos ver también en el grado de cumplimiento que hay, de las de los convenios en el caso de la mediación o la conciliación, o de los laudos arbitrales pues creo que el grado de cumplimiento es alto, es un buen resultado el que se ha visto y bueno mi interés creo que es más bien difundirlos y promoverlos para que la eficacia que estos tienen pues pueda verse de una manera más tangible en la realidad práctica.

E: Gracias.

E: También podría mencionar ¿cuál es su opinión respecto a la implementación de los métodos alternos de solución de conflictos utilizados en su conjunto, o los llamados híbridos o métodos escalonados?

S9: A mí me parece que son eficaces, creo que el ir directamente, por ejemplo en el caso del arbitraje, ir directamente al arbitraje pudiese privar a las partes de esa oportunidad de llegar a un arreglo, si bien es cierto que en el arbitraje, pues el árbitro siempre tendrá que dar cabida a una negociación, hay ocasiones en donde el perfil del árbitro pudiese no prestarse a que las partes se sientan en comodidad de llegar a una negociación y a llegar a una solución por sí mismas y pues las partes delegan, por ejemplo en el arbitraje, esta facultad al árbitro de que el resuelva...

S9: ...entonces yo creo que dar... tener una especie de antesala, en donde haya una oportunidad de negociar para las partes y una oportunidad digamos precisa, concreta, el decir "van a tener tal plazo para llegar a una solución, poder negociar y posteriormente ir a otro

método alternativo o algún otro método, inclusive el litigio”, me parece que es eficaz, yo creo sí funciona, lo importante que yo he visto en la realidad es que la cláusula esté bien redactada, yo creo que ese eso es lo que pudiera causar dificultad, no en realidad el mezclar los métodos, es decir, el recurrir a este esquema híbrido, sino el que la cláusula no sea lo suficientemente clara y haga que las partes puedan confundir qué deben...qué mecanismo utilizarán primero, por cuánto tiempo, dónde, entonces yo creo que es un tema de redacción de la cláusula y de precisar muy claramente la voluntad de las partes en cuanto a qué métodos quieren utilizar y en qué...en qué orden por decirlo así.

E: Muy bien, muchas gracias.

E: Em bueno con lo que me comentaba, otra pregunta es ¿cómo considera que un método escalonado puede aportar más a la gestión de conflictos que un método alternativo por sí solo? Me comentaba de la oportunidad que se le da a las partes antes de llegar a otro método, ósea al primer método que se establece, es como un beneficio o una ventaja...si pudiera profundizar un poco más al respecto.

S9: Claro, yo creo que el precisar, por ejemplo, una cláusula escalonada, el precisar que habrá un tiempo para recurrir a un primer mecanismo que sea más amigable, por ejemplo, para después ir a un mecanismo que pues no necesariamente sea tan amigable, sino un poco más...un poco menos flexible y en donde la participación de quienes están en medio de la controversia pues será un poco menor si lo pudiéramos decir así, yo creo que da un beneficio, efectivamente yo creo que es una ventaja, es una oportunidad de que tomen ese control sobre su controversia y busquen una solución por sí mismos antes de que alguien más la imponga, entonces yo creo que eso es un gran beneficio.

E: Muchas gracias.

E: Bueno continuando, me podría mencionar cuáles considera que son los métodos escalonados de solución de conflictos más utilizados actualmente, así como cuándo y dónde se ha encontrado con la implementación de esos métodos.

S9: Bueno en mi experiencia, he visto en el caso de...digo en el ramo comercial, y comercial internacional que yo he visto, en los contratos lo que recurrentemente hacemos y que a los usuarios, es decir, a los empresarios les parece atractivo es recurrir a la negociación y previamente al arbitraje. Eh también he visto que se recurre, y digo he visto porque ya me ha tocado participar en los litigios derivados de cláusulas así, que se utiliza la mediación y

posteriormente el arbitraje. Inclusive, digo no hablando de mecanismos alternativos, sino inclusive también he visto cláusulas donde se prevé la negociación y posteriormente ya el litigio por la vía judicial. Entonces esencialmente ha sido negociación y después arbitraje, o mediación y después arbitraje.

E: Muchas gracias.

E: Bueno en el caso que me comenta de mediación-arbitraje como método escalonado ¿cuántas veces o qué tan frecuentemente se ha encontrado con cláusulas MED-ARB en contratos mercantiles o civiles?

S9: La realidad es que en contratos, digamos en nacionales entre empresas mexicanas, no lo ha visto con tanta frecuencia, donde lo ha visto con mayor frecuencia ha sido en los contratos internacionales, sin embargo, si tuviese que señalar un ejemplo, ósea un número concreto, yo diría que de veinte contratos que he visto, pues aproximadamente unos siete contratos han tenido cláusulas mediación-arbitraje, ósea MED-ARB.

E: Perfecto.

E: Ahora bien, ¿qué razones considera relevantes y fundamentales para determinar la frecuencia de implementación de estas cláusulas escalonadas MED-ARB dentro de estos contratos mercantiles o civiles?

S9: Pues me parece que la frecuencia no ha sido la que desearíamos los prestadores de servicios de métodos alternos porque pues no hay una suficiente difusión de los servicios, los empresarios al escuchar que existen estos mecanismos pues se muestran sorprendidos y les parece muy atractivo, muy interesante, preguntan cómo funcionan y normalmente me han dicho “es que yo no conocía esto”, “me hubiera gustado saberlo antes”, “me hubiera evitado muchos litigios por vía judicial y mejor hubiera recurrido a estas cláusulas desde un principio”.

S9: Entonces yo creo que el hecho de que no sea tan frecuente ver estas cláusulas no se debe a la falta de eficacia de las mismas, sino a la falta de promoción de los propios servicios y que los usuarios, los empresarios en este caso o las partes, pues desconocen esta posibilidad, entonces recurren a una cláusula de jurisdicción como...y de solución de conflictos como lo conocemos en lo tradicional, pues ir a los juzgados ¿no?, que es lo que saben, es lo que saben que existe.

E: Muy bien.

E: Eh bueno también, eh continuando con la entrevista y de la misma manera, podría mencionar ¿qué problemas o desventajas jurídicas tendría la elaboración o aplicación de una cláusula escalonada? Como las que me comentaba de mediación-arbitraje, negociación-arbitraje.

S9: Bueno yo he visto y me ha pasado que cuando las...bueno alguna de las partes involucradas en la controversia me busca para que yo le dé apoyo en la solución de su conflicto, lo que me he encontrado es que las cláusulas no son claras, ósea las cláusulas son patológicas, eh no son precisas, es decir, señalan por ejemplo la negociación pero no por cuánto tiempo, ósea no hay un plazo para la negociación eh y esto hace que pues las partes digan “pues sí ya nos sentamos a negociar pero lo hicimos por una hora, entonces ya cubrimos ese requisito y vamos al siguiente escalón”, por decirlo así, entonces esa ha sido la primera problemática a la que...a la cual yo me he enfrentado, el hecho de que la cláusula no sea precisa en el tema de la determinación de los plazos, en la negociación y en la mediación igual.

S9: También en el caso de la mediación, eh donde el siguiente escalón es el arbitraje, la mediación ante quién, las partes dicen “pues sí previmos mediación pero en dónde podemos utilizar el servicio de mediación”, previeron la mediación sin especificar ante qué institución irían, cómo sería ese proceso de mediación, quién lo llevaría ¿no?, entonces esa es otra complicación e insisto el tema del plazo, aún así siendo mediación pues tiene que existir un plazo para que las partes sepan cuando ya agotaron, digamos, esa primera oportunidad para posteriormente ir a arbitraje, entonces creo que esa ha sido la mayor problemática y encontrarnos con cláusulas imprecisas, cláusulas que no determinen plazos, que no determinen ante qué instituciones van a acudir eh y bueno lo que sabemos en el tema de arbitraje igual, que no señalen en qué idioma o ante qué institución, o si será un arbitraje administrado o será un arbitraje ad hoc, ósea el no aclarar todos esos elementos hace que estas cláusulas sean ineficaces.

E: Muy bien.

E: Bueno continuando con las características de las cláusulas, diversos autores señalan que las cláusulas compromisorias se pueden considerar como un contrato en sí, ¿considera usted que una cláusula escalonada de mediación-arbitraje, o la MED-ARB, tiene naturaleza contractual obligatoria? Y bueno ¿por qué razón considera esa...o esa opinión la tiene usted?

S9: Sí, yo creo que sí tienen una naturaleza contractual obligatoria dado que se trata de cláusulas compromisorias que derivan de la voluntad de las partes, que tienen pues validez propia independiente de la validez del contrato que las prevé, entonces definitivamente yo creo que sí tienen una validez y una obligatoriedad.

E: Muy bien.

E: Y bueno, me comentaba sobre las...cómo...ósea qué cuestiones o qué circunstancias o situaciones pueden hacer que una cláusula sea patológica y, bueno, qué elementos se procuran que están en la cláusula, ¿qué elementos fundamentales considerara imprescindibles para elaborar una cláusula compromisoria, como la cláusula MED-ARB? En su opinión.

S9: Bueno me parece que debe de, en principio, obviamente señalar cuáles son los mecanismos a los que se va a recurrir, es decir, en el caso de la cláusula MED-ARB pues señalar que las partes recurrirán en caso de incumplimiento o algún problema derivado de la interpretación del contrato pues acudirán a la mediación y señalar ante qué institución van a recurrir a la mediación y durante cuánto tiempo, ósea yo creo que eso sería un primer elemento o dos elementos indispensables y, en caso de no lograr una solución a través de este procedimiento, pues entonces recurrirán al arbitraje ante qué institución...

S9: ...vuelvo ahora a lo mismo, bueno el caso ofrece un arbitraje ad hoc, que lo señalen así, en qué idioma llevarán el procedimiento, em señalar también cuántos árbitros se van a nombrar, cuál será el procedimiento para nombrar árbitros o en caso de que se vayan a apegar a algún reglamento, señalar el reglamento, cuáles serán las leyes aplicables, cuál será la sede del arbitraje; ósea todos esos elementos que hacen que la cláusula pues tenga plena validez y, en el caso de incluir dos mecanismos alternos, pues que esos dos mecanismos queden perfectamente...quede perfectamente establecido cómo se llevarán esos procesos, ante quién ¿no?.

E: Muy bien.

E: Y bueno al momento de redactar todos estos criterios que me comenta que son importantes, em ¿qué elementos considera de la cláusula escalonada considera que podrían ser más controversiales? De...por ejemplo, además de lo que me comentó de falta de claridad o que no especifiquen o si...omitan términos, plazos, ¿qué otro elemento considera que pudiera causar una desventaja o ser más controversiales?

S9: Pues el tema de la institución ante la cual se va a acudir a solicitar el servicio, como yo decía, la mediación bueno ante quién o quién llevará la mediación, las partes lo prevén pero no saben en dónde consiguen al mediador si no lo señalan en la cláusula que acudirán a cierta institución pues no saben ni a dónde acudir, entonces me parece que ese es otro otro punto importante, señalar ante qué institución, bueno ya había mencionado lo del plazo. Em y bueno en el caso de la mediación yo creo, en esta cláusula MED-ARB, yo creo que con que señalen ante qué institución acudirán y durante cuánto tiempo intentarán llegar a una solución a través de la mediación pues yo creo que serían los dos elementos esenciales.

E: Muchas gracias.

E: Em bueno si quisiera profundizar, podría hacerlo sobre las ventajas y desventajas jurídicas de una implementación de una cláusula como la cláusula MED-ARB, es que ya me comentaba algunas cuestiones que son necesarias de hacer y que si no están, pueden causar algún conflicto o de interpretación pero no sé si hay otra cosa que quisiera agregar al respecto.

S9: Las ventajas y desventajas digo, puntualizando, señalaba que me parece una oportunidad el hecho de que sea un método alternativo más flexible, como la negociación, la mediación, para después ir a un método pues un poco más rígido o un poco menos flexible, como lo es el arbitraje, el hecho de tener una oportunidad para que las partes lleguen a una solución, eso me parece una ventaja.

S9: La desventaja, insisto, es que las partes incluyan estas cláusulas sin saber, sin conocer de ellas, que tal vez sus abogados las inserten y las partes no saben ni a lo que se refiere y les parece algo novedoso, simplemente ni si quiera lo leyeron y que se sometan a estos procedimientos, ósea que firmen un contrato que tenga una cláusula MED-ARB y no sepan ni siquiera a lo que se refiere, yo creo que esa es una gran desventaja porque cuando se presenta el conflicto, inician...ósea tienen obviamente, se han comprometido a través de esa cláusula y resulta que no era lo que ellos querían, ya cuando se los explican los abogados dicen “yo no quería esto, yo quiero ir a demandar” ¿no?, entonces puede...yo creo que esa es una gran desventaja, el desconocimiento de las partes sobre lo que están firmando, me refiero a la cláusula MED-ARB ¿no?.

S9: Em y creo que otras desventajas pudieran ser, y bueno derivarse de ese mismo desconocimiento, el hecho de que las partes digan “no, no me interesa, ósea ya firmé una cláusula MED-ARB pero no tengo la disposición de negociar ¿no?, no tengo la disposición de sentarme y participar en una mediación”, entonces que no que no participen, que no tengan esta colaboración que se necesita para que pues estas cláusulas tengan una eficacia plena y

que por eso empiecen a, o se intenten restarles validez a las cláusulas, yo creo que eso a veces sucede cuando las partes en realidad ni sabían que estaban firmando un contrato con la cláusula compromisoria de este tipo, entonces pues yo creo que eso eso sería lo que me había faltado decir.

E: Gracias por la aportación.

E: Y bueno también em si gusta, bueno podría profundizar sobre cuáles razones o ¿por cuáles razones consideraría que resultaría jurídicamente complicado combinar dos métodos de solución de conflictos si sus principios y esencias son diferentes? En el caso, hablando por ejemplo de la mediación y arbitraje, que puede ser que a lo mejor la naturaleza no sea exactamente la misma, ósea no sé si considera alguna razón que pueda afectar esa relación entre sí.

S9: Yo creo que no, he escuchado inclusive en alguna ocasión me preguntaban eso ¿no?, cómo puedes tú ser mediadora y a la vez estar interesada en fungir como árbitro, digo, evidentemente no en el mismo caso pero...no en la misma controversia y yo siempre he pensado que mientras las partes tengan absolutamente claro su rol en cada procedimiento, ósea que tengan muy claros los principios y eh las características de la mediación, y que tengan muy claros los principios y características del arbitraje, yo creo que eso no significa una complicación...

S9: ...inclusive puede ser algo positivo porque si a las partes se les explica “mira, vas a participar en una mediación, en donde tú vas a decidir la solución, si no llegan a una solución por sí mismos, entonces iremos a arbitraje, en donde ya no vas a decidir tú, sino va a decidir un tercero”, puede ser que el aclarar estas diferencias haga que las partes se sientan motivadas para llegar a una solución en esta primera...en este primer escalón, por decirlo así, que sería la mediación es este caso, entonces yo no creo que implique una complicación jurídica, no, yo creo que es...lo importante es que quede absolutamente clara la diferencia entre las dos figuras.

E: Y ahí, bueno ¿el principio de autonomía de la voluntad de las partes en la mediación no considera que se contrapondría con la obligatoriedad del arbitraje?, ósea...

S9: Yo creo que no porque al final las partes se están sometiendo al arbitraje por ese mismo principio de autonomía de la voluntad, entonces, insisto, si tienen claro eso, tú estás decidiendo ir a mediación, quiero aclararles a las partes que si no llegan a una solución por sí mismas, entonces por su decisión estarán sometiendo la controversia a la voluntad de un

tercero por decirlo así pero si las partes, ósea lo que tiene que quedar muy claro en el arbitraje es que ellos están dando esa facultad al árbitro, por su propia autonomía ¿me explico?, entonces a mí me parece que en la medida que esto quede claro pues no habrá ninguna complicación jurídica, no tiene por qué haberla.

E: Ósea si he entendido bien, las partes no se obligan a terminar la mediación, simplemente se obligan a acudir e intentar, por voluntad propia, llegar a un acuerdo sino pasan al siguiente escalón. No hay ninguna obligación de finalizar todo un procedimiento, a eso, no sé, es lo que quería referir...

S9: Ya, ósea el principio de la autonomía de la voluntad hace que se sometan a la mediación, sin embargo, no están...la cláusula no les obliga a resolver en mediación, la cláusula les obliga a acudir a la mediación e intentar resolver y, en caso de no lograrlo, pues entonces ya ir al siguiente escalón ¿no? Entonces no sé si a eso te referías...

E: Sí, ajá.

S9: Es así, ósea finalmente no están obligados a resolver en mediación, el compromiso es que si no logran resolver, pues entonces ahí sí tienen que acudir al siguiente método, que en este caso sería el arbitraje.

E: Muy bien, muchas gracias.

E: Y bueno también podría explicar ¿por qué en la práctica no se impulsa con mayor frecuencia el uso de las cláusulas escalonadas, como la cláusula MED-ARB, siendo que organismos nacionales e internacionales como lo es el caso de la Cámara de Comercio Internacional y la Asociación Americana de Arbitraje sí prevén dicha cláusula que contiene métodos escalonados...métodos alternos de solución de conflictos?

S9: desde mi punto de vista, la principal causa es el desconocimiento, ósea en estas fechas vemos a abogados que no conocen el arbitraje, que la mediación la tienen...ósea digamos que la han escuchado pero tienen una falsa creencia sobre la mediación, en realidad tampoco la conocen, entonces yo creo que la principal causa sería el desconocimiento. Es cierto que hay organismos internacionales, inclusive nacionales que promueven estos procedimientos pero también es cierto que pues no toda la gente tiene acercamiento hacia estos organismos, hay gente que dice “yo ni con...ni siquiera había escuchado de la ICC o ni siquiera había escuchado...”, hay personas que no están tan familiarizadas, increíble, pero así sucede, entonces yo creo que es el desconocimiento.

E: Muchas gracias.

E: Y bueno ya como última pregunta, y bueno de acuerdo a su experiencia profesional y lo antes mencionado, me podría explicar jurídicamente ¿por qué consideraría o no aplicar una cláusula escalonada, como la cláusula MED-ARB, en contratos del Sector Energético específicamente? Buen, vaya que contratos del Sector Energético hay una variada opción o...vaya hay varios tipos de contratos que pueden ser entre particulares, particulares con la administración pública pero siendo los métodos alternos utilizados de manera escalonada, ¿consideraría o no aplicarlos?, cómo ve, ósea su opinión al respecto en ambos temas.

S9: Considero que sí, sí pudieran aplicarse a los contratos del Sector Energético, creo que sería más sencillo hacerlo cuando las partes fuesen particulares, creo que hablando ya del sector público, ósea involucrando el interés público, em me parece que pudiese ser un poco más complicado el esquema de la cláusula MED-ARB en razón de que lo que se negociaría en una mediación sería el interés público, entonces creo que eso pudiese ser un poco más complicado, sin embargo, yo creo que sí, insisto, lo que había mencionado antes, sí pueden ser eficaces, sí se pueden aplicar desde mi punto de vista en el Sector Energético y creo que tendría que ser diseñadas esas cláusulas, así como lo proponen los propios organismos internacionales, que sean cláusulas claras, como lo he dicho, que sean cláusulas precisas, eh que señalen sus elementos de manera muy clara, de tal manera que no dejen...que no haya cabida para que la cláusula no sea válida y, entonces, no procedan los métodos alternos.

E: Bueno muchas gracias.

E: Y bueno con esto damos por terminada la presente entrevista y vuelvo a agradecer el tiempo, apoyo y colaboración brindada por el entrevistado, reiterándole que sus datos, información y resultados derivados de la entrevista quedan a su disposición para su consulta, y bueno también se le recuerda que la confidencialidad de la entrevista se resguardará, y siendo necesario reiterarle que también la identidad y el anonimato del participante también será resguardado. Y bueno con esto le agradezco mucho su tiempo y muchas gracias por todo.

S9: Gracias.

14.5 Cuestionario y codificación para análisis de documentos basados en archivos públicos (laudos).

Cuestionario para análisis de documentos basados en archivos públicos (laudos)				
<p>Folio: 0010 Fecha: 02/10/2017</p>				
<p>De antemano se informa que la información obtenida para este análisis de contenido de laudos es pública, por lo cual, su obtención es de libre acceso a cualquier persona puesto que los mismos organismos que la hicieron de dominio público accedieron a su publicación a través de libros y compendios institucionales, así como en artículos y publicaciones académicas. De la misma manera, se informa que los datos e información particular de cada caso serán omitidos para salvaguardar la confidencialidad de cada procedimiento de resolución de conflictos, manteniendo así el anonimato de los objetos participantes de cada caso de arbitraje.</p>				
<p>Favor de contestar marcando con una "X" a cada pregunta de opción múltiple, así como escribiendo la respuesta correspondiente a las preguntas que no son de opción múltiple.</p>				
Caracterización de casos				
1	Tipo de procedimiento: <u> </u> Arbitraje			
2	Autoridad que resolvió: <u> </u> Árbitro <u> </u> Tribunal Arbitral			
3	País donde se emitió resolución:			
4	Fecha de emisión de resolución:			
5	Tipo de cláusula escalonada establecida por las partes:			
	<u> </u> MED-ARB <u> </u> ARB-MED <u> </u> CON-ARB <u> </u> ARB-CON <u> </u> NEG-ARB <u> </u> ARB-NEG <u> </u> RESOL-EXPERTO-ARB <u> </u> OTRAS INGENIERO-ARB			
<p>Favor de contestar marcando con una "X" a cada pregunta de acuerdo a si su respuesta se encuentra o no presente en el caso analizado.</p>				
Voluntad de las partes		SI	NO	
Manifestación	6	La manifestación de voluntad de las partes en la cláusula escalonada es de manera tácita.		
	7	La manifestación de voluntad de las partes en la cláusula escalonada es de manera expresa.		

	8	La manifestación de voluntad de las partes en la cláusula escalonada está limitada por naturaleza de la cláusula.		
Autonomía	9	El principio de la autonomía de la voluntad de las partes permite la exigibilidad de etapas precedentes en la cláusula escalonada.		
	10	El principio de la autonomía de la voluntad de las partes establecido en la cláusula escalonada se respeta aunque las partes pacten en contrario con posterioridad.		
Consentimiento	11	Todas las partes contratantes involucradas consintieron la cláusula escalonada.		
	12	Al momento de consentir la cláusula escalonada, se acepta la oferta presentada, así como sus términos y condiciones para su cumplimiento futuro.		
	13	Salvo pacto contrario de las partes, es admisible que las mismas consientan un nuevo acuerdo incluso después de signar el contrato.		
	Naturaleza obligatoria		SI	NO
Carácter del escalón previo	14	El escalón previo consta de una condición suspensiva.		
	15	El escalón previo consta de un presupuesto procesal.		
	16	El escalón previo consta de una carga procesal.		
	17	El escalón previo no consta en una obligación a cumplir.		
Cumplimiento forzoso de lo pactado	18	El cumplimiento de la cláusula escalonada es exigible por la autoridad cuando las partes acuerdan con autonomía de voluntad.		
	19	El cumplimiento de la cláusula escalonada es exigible por la autoridad cuando señala expresamente la obligación de cumplimentarse en su totalidad.		
	20	El cumplimiento de la cláusula escalonada es exigible por la autoridad cuando señala expresamente los escalones o etapas que la componen.		
Carácter vinculante	21	La cláusula escalonada es obligatoria cuando las partes acuerdan con autonomía de voluntad.		
	22	La cláusula escalonada es obligatoria cuando las partes acuerdan de buena fe.		
	23	La cláusula escalonada es obligatoria cuando las partes no la impugnan.		

Forma de la cláusula			SI	NO
Formalidades	24	La cláusula escalonada consta por escrito o de manera expresa.		
	25	La cláusula escalonada señala la ley aplicable, el lugar, la autoridad nominadora, el idioma y el reglamento al que se sujetarán los MASC previstos.		
	26	La cláusula escalonada expresa la obligación de acudir al MASC preestablecido en la cláusula escalonada previo al arbitraje.		
Temporalidad	27	La cláusula escalonada establece cuándo inicia y cuándo termina cada escalón o etapa.		
	28	La cláusula escalonada establece un periodo de tiempo para cada escalón o etapa.		
	29	El derecho de acceder al escalón subsecuente precluye cuando transcurre el tiempo señalado para la etapa previa sin que la misma se haya llevado a cabo.		
Expresión de la cláusula escalonada	30	La cláusula escalonada expresa el carácter que ostenta el escalón previo (condición suspensiva, presupuesto procesal, carga procesal o no es una obligación).		
	31	La cláusula escalonada establece los elementos del carácter que ostenta.		
	32	La cláusula escalonada señala cuando se activa cada una de las etapas de la cláusula escalonada.		
Objeto			SI	NO
Intención	33	Existe manifestación de voluntad de las partes de solucionar los conflictos en la cláusula escalonada.		
	34	La cláusula escalonada establece la intención de las partes de solucionar los conflictos.		
	35	La cláusula escalonada describe los efectos jurídicos que busca.		
Método	36	La cláusula escalonada establece claramente los MASC que se implementarán.		
	37	La cláusula escalonada establece la metodología a seguir con los MASC.		
	38	La cláusula escalonada establece la obligación de las partes de acudir a los MASC señalados en la misma.		
Solución de conflicto	39	Es admisible que una de las partes consienta dar por terminado el escalón o mecanismo alterno cuando la		

		contraparte no acude al método alterno previsto en los términos acordados en la cláusula.		
	40	El laudo dictado en la etapa final de arbitraje de una cláusula escalonada es vinculante para las partes.		
	41	El incumplimiento de la cláusula escalonada conlleva a una sanción pecuniaria.		

Codificación

	Nombre	Pregunta	Valores de la variable	
0	NVARIA	Número de la variable	...	
1	PROCED	Tipo de procedimiento	Arbitraje	1
2	AUTORIDAD	Autoridad que resolvió	Arbitro	1
			Tribunal Arbitral	2
3	PAISORIGEN	País donde se emitió resolución	Bélgica	1
			Chile	2
			Colombia	3
			Estados Unidos de América	4
			Francia	5
			Inglaterra	6
			México	7
			Perú	8
			Suiza	9
			Otros	10
			No especifica	11
			1985	1
			1986	2
			1987	3
			1988	4
			1989	5
			1990	6
			1991	7
			1992	8

			1993	9
			1994	10
			1995	11
			1996	12
			1997	13
			1998	14
			1999	15
			2000	16
			2001	17
			2002	18
			2003	19
			2004	20
			2005	21
			2006	22
			2007	23
			2008	24
			2009	25
			2010	26
			2011	27
			2012	28
5	TIPOCLAUSULA	Tipo de cláusula escalonada establecida por las partes	MED-ARB	1
			ARB-MED	2
			CON-ARB	3
			ARB-CON	4
			NEG-ARB	5
			ARB-NEG	6
			Otras	7
6	MANIFEST1	La manifestación de voluntad de las partes en la cláusula escalonada es de manera tácita	SI	1
			NO	0
7	MANIFEST2	La manifestación de voluntad de las partes en la cláusula escalonada es de manera expresa	SI	1
			NO	0
8	MANIFEST3	La manifestación de voluntad de las partes en la cláusula escalonada está limitada por naturaleza de la cláusula	SI	1
			NO	0
9	AUTONOMIA1	El principio de la autonomía o libertad de la voluntad de las partes permite la exigibilidad de etapas precedentes en la cláusula escalonada	SI	1
			NO	0

10	AUTONOMIA2	El principio de la autonomía o libertad de la voluntad de las partes establecido en la cláusula escalonada se respeta aunque las partes pacten en contrario con posterioridad	SI	1
			NO	0
11	CONSENT1	Todas las partes contratantes involucradas consintieron la cláusula escalonada	SI	1
			NO	0
12	CONSENT2	Al momento de consentir la cláusula escalonada, se acepta la oferta presentada, así como sus términos y condiciones para su cumplimiento futuro	SI	1
			NO	0
13	CONSENT3	En caso de pacto contrario de las partes, es admisible que las mismas consientan un nuevo acuerdo incluso después de signar el contrato	SI	1
			NO	0
14	CHARACTER1	El escalón previo consta de una condición suspensiva	SI	1
			NO	0
15	CHARACTER2	El escalón previo consta de un presupuesto procesal	SI	1
			NO	0
16	CHARACTER3	El escalón previo consta de una carga procesal	SI	1
			NO	0
17	CHARACTER4	El escalón previo no consiste en una obligación de cumplir	SI	1
			NO	0
18	CUMPLFORZO1	La cláusula escalonada es exigible por la autoridad cuando las partes acuerdan con autonomía de voluntad	SI	1
			NO	0
19	CUMPLFORZO2	La cláusula escalonada es exigible por la autoridad cuando señala expresamente la obligación de cumplimentarla totalmente	SI	1
			NO	0
20	CUMPLFORZO3	El cumplimiento de la cláusula escalonada es exigible por la autoridad si señala expresamente los escalones que la componen	SI	1
			NO	0
21	CVINCULANTE1	La cláusula escalonada es obligatoria si las partes acuerdan con autonomía de voluntad	SI	1
			NO	0

22	CVINCULANTE2	La cláusula escalonada es obligatoria si las partes acuerdan de buena fe	SI	1
			NO	0
23	CVINCULANTE3	La cláusula escalonada es obligatoria si las partes no la impugnan	SI	1
			NO	0
24	FORMALIDAD1	La cláusula escalonada consta de manera expresa	SI	1
			NO	0
25	FORMALIDAD2	La cláusula escalonada señala la ley aplicable, el lugar, la autoridad nominadora, el idioma y el reglamento MASC aplicable	SI	1
			NO	0
26	FORMALIDAD3	La cláusula escalonada expresa la obligación de acudir al MASC preestablecido en la cláusula escalonada previo al arbitraje	SI	1
			NO	0
27	TEMPORAL1	La cláusula escalonada establece cuándo inicia y cuándo termina cada escalón o etapa	SI	1
			NO	0
28	TEMPORAL2	La cláusula escalonada establece un periodo de tiempo para cada escalón o etapa	SI	1
			NO	0
29	TEMPORAL3	El derecho de acceder al escalón subsecuente precluye cuando transcurre el tiempo señalado para la etapa previa sin que la misma se haya llevado a cabo	SI	1
			NO	0
30	EXPCLAUSULA1	La cláusula escalonada establece expresamente el carácter que ostenta el escalón previo (condición suspensiva, presupuesto procesal, carga procesal o no es una obligación)	SI	1
			NO	0
31	EXPCLAUSULA2	La cláusula escalonada establece los elementos del carácter que ostenta (condición suspensiva, presupuesto procesal, carga procesal o no es una obligación)	SI	1
			NO	0
32	EXPCLAUSULA3	La cláusula escalonada señala cuando se activa cada una de las etapas de la cláusula escalonada	SI	1
			NO	0

33	INTENCION1	Existe manifestación de voluntad de las partes de solucionar los conflictos en la cláusula escalonada	SI	1
			NO	0
34	INTENCION2	La cláusula escalonada establece la intención de las partes de solucionar los conflictos	SI	1
			NO	0
35	INTENCION3	La cláusula escalonada describe los efectos jurídicos que busca	SI	1
			NO	0
36	METODO1	La cláusula escalonada establece claramente los MASC que se implementarán	SI	1
			NO	0
37	METODO2	La cláusula escalonada establece la metodología a seguir con los MASC	SI	1
			NO	0
38	METODO3	La cláusula escalonada establece la obligación de acudir a los MASC señalados en la misma	SI	1
			NO	0
39	SOLCONFLIC1	Es admisible que una de las partes consientan dar por terminado el escalón o mecanismo alternativo cuando la contraparte no acude al método alternativo previsto en los términos acordados en la cláusula.	SI	1
			NO	0
40	SOLCONFLIC2	El laudo dictado en la etapa final de arbitraje de una cláusula escalonada es vinculante para las partes	SI	1
			NO	0
41	SOLCONFLIC3	El incumplimiento de la cláusula escalonada conlleva a una sanción pecuniaria	SI	1
			NO	0

14.6 Resultados obtenidos del análisis de documentos basados en archivos públicos (laudos ICC).

	CASOS	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15
	#CASO ICC	CASO 5872	CASO 6276	CASO 8073	CASO 7422	CASO 8462	CASO 9984	CASO 10256	CASO 4707	CASO 4840	CASO 4862	CASO 5029	CASO 5989	CASO 6149	CASO 13085	CASO 11490
1	MACS Final	ARB	ARB	ARB	ARB	ARB	ARB	ARB	ARB	ARB	ARB	ARB	ARB	ARB	ARB	ARB
2	Tercero neutral	T.A.	T.A.	T.A.	T.A.	T.A.	T.A.	ÁRB.	ÁRB.	T.A.	T.A.	T.A.	ÁRB.	T.A.	ÁRB.	ÁRB.
3	País de emisión	SUIZA	----	SUIZA	SUIZA	BÉLGICA	SUIZA	----	JORDANIA	BAHRÉIN	FRANCIA	PAÍSES BAJOS	SUIZA	FRANCIA	FINLANDIA	FRANCIA
4	Año	25/04/1988	29/01/1990	27/11/1995	28/06/1996	27/01/1997	07/06/1999	08/12/2000	1986	1986	1986	1986	1989	1990	2009	2012
5	Código de año	4	6	11	12	13	15	16	2	2	2	2	5	6	25	28
5	MASC	CON-ARB	OTRA NEG-ING-ARB	CON-ARB	NEG-ARB	CON-ARB	CON-ARB	OTRA NEG-MED-ARB	OTRA ING-ARB	OTRA ING-ARB	OTRA ING-ARB	OTRA ING-ARB	NEG-ARB	NEG-ARB	NEG-PARITY COMMISSION-ARB	NEG-ARB
	Código de MASC	3	7	3	5	3	3	7	7	7	7	7	5	5	7	5
	Código de ítem															
6	MANIFE ST1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
7	MANIFE ST2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
8	MANIFE ST3	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1

9	AUTON OMIA1	0	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	0	1	1	1	10
10	AUTON OMIA2	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	0	0	1	1	1	11
11	CONSEN T1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
12	CONSEN T2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
13	CONSEN T3	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
		6	7	6	7	7	7	7	7	6	5	5	5	7	7	7	
	Código de ítem																
14	CARACT ER1	0	1	0	1	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1	0	4
15	CARACT ER2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
16	CARACT ER3	0	0	0	0	1	0	0	1	1	1	1	1	1	0	0	7
17	CARACT ER4	1	0	1	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1	4
18	CUMPLF ORZO1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	0	1	1	1	12
19	CUMPLF ORZO2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	1	1	1	1	13
20	CUMPLF ORZO3	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	0	0	1	1	1	11
21	CVINCU LANTE1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
22	CVINCU LANTE2	0	1	0	1	0	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	10
23	CVINCU LANTE3	0	1	0	0	0	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	9
		5	7	5	6	5	5	5	7	6	4	4	5	7	7	7	

	Código de ítem																0
24	FORMAL IDAD1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
25	FORMAL IDAD2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
26	FORMAL IDAD3	0	1	0	1	0	1	0	1	1	1	1	0	1	1	0	9
27	TEMPOR AL1	0	0	0	0	1	0	0	1	1	1	1	0	0	1	0	6
28	TEMPOR AL2	0	0	0	0	1	0	0	1	1	1	1	0	0	1	0	6
29	TEMPOR AL3	0	1	0	0	1	1	0	1	0	1	1	0	0	0	0	6
30	EXPCLA USULA1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
31	EXPCLA USULA2	1	1	1	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	12
32	EXPCLA USULA3	0	0	0	0	1	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	9
		4	6	4	4	7	6	4	9	8	9	9	5	6	8	4	
	Código de ítem																0
33	INTENCI ON1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
34	INTENCI ON2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
35	INTENCI ON3	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
36	METOD O1	0	1	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	11
37	METOD O2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15

38	METOD O3	1	1	0	1	0	1	0	1	0	1	1	1	1	1	1	11
39	SOLCON FLIC1	0	0	1	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	12
40	SOLCON FLIC2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	15
41	SOLCON FLIC3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
		6	7	6	6	7	8	7	8	7	8	8	8	8	8	7	